Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 15 kwietnia 2021 r. [1]

Sprawa C-911/19

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Conseil d'État (radę państwa, Francja)]

Odesłanie prejudycjalne – Prawo bankowe – Wytyczne dotyczące zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej wydane przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego – Prawo miękkie – Niewiążące środki UE wywołujące skutki prawne – Wdrażanie przez państwa członkowskie – Kontrola sądowa – Związek między art. 263 a 267 TFUE – Brak uprawnień Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego

I. Wprowadzenie

1. Cytując kwestię z Gry o Tron, „to, co jest martwe, nie może umrzeć". Zatem, być może z wyjątkiem Białych Wędrowców, to, co jest martwe, nie może zostać zabite. Czy jednak coś, co nigdy nie było żywe (lub raczej nigdy nie zaistniało jako wiążący akt prawa Unii), może zostać unieważnione (lub raczej uznane za nieważne) przez Trybunał Sprawiedliwości na mocy orzeczenia w trybie prejudycjalnym? Tytułem ewentualnym, czy Trybunał może dokonać (wiążącej) wykładni niewiążącego środka UE?

2. W 2017 r. Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (zwany dalej „EUNB") wydał wytyczne dotyczące zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej [2]. Następnie francuski Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (organ nadzoru ostrożnościowego i restrukturyzacji) (zwany dalej „ACPR") oświadczył w komunikacie, że zastosował się do tych wytycznych, dzięki czemu mają one zastosowanie do wszystkich instytucji finansowych objętych jego nadzorem. Fédération bancaire française (francuskie zrzeszenie banków; zwane dalej „FBF") wniosło do sądu odsyłającego o stwierdzenie nieważności tego komunikatu, podnosząc, że EUNB nie był uprawniony do przyjęcia tych wytycznych.

[1] Język oryginału: angielski.

[2] Wytyczne z dnia 22 marca 2016 r. (EBA/GL/2015/18).

3. Niniejsza sprawa ma charakter wielopłaszczyznowy. Z jednej strony, powstaje kwestia, czy przyjmując sporne wytyczne, EUNB przekroczył swoje uprawnienia wynikające z rozporządzenia nr 1093/2010 [3]. Jakkolwiek skomplikowane może być poruszanie się w gęstej sieci raczej technicznych aktów prawa wtórnego, w rzeczywistości jest to ta prostsza kwestia.

4. Znacznie bardziej skomplikowane pytania pojawiają się dopiero później: jakie konsekwencje powinno pociągać za sobą tego rodzaju stwierdzenie braku kompetencji w odniesieniu do środka niewiążącego (lub środka prawa miękkiego) w ramach procedury pytań prejudycjalnych? Czy Trybunał może uznać środek niewiążący za nieważny? Czy z systemowego punktu widzenia można całkowicie oddzielić postępowanie na podstawie art. 263 TFUE od postępowania na podstawie art. 267 TFUE w odniesieniu do środków niewiążących? W jaki sposób można pogodzić wyroki Trybunału w sprawach Grimaldi [4], Foto-Frost [5] i Belgia/Komisja [6], jeśli chodzi o prawdziwe instrumenty „miękkiego prawa”? Czy niewiążące środki UE mogą podlegać kontroli Trybunału na podstawie art. 267 TFUE, jak wynika z wyroku Grimaldi, podczas gdy ich (bezpośrednia) kontrola sądowa na podstawie art. 263 TFUE nie jest możliwa, co potwierdzono ostatnio w wyroku Belgia/Komisja?

5. Wreszcie, co dość istotne, wszystkie te kwestie podniesiono w szczególnym kontekście, w którym prawo krajowe zezwala na coś, co wydaje się, w przeciwieństwie do poziomu UE, znacznie bardziej otwartym dostępem do bezpośredniej kontroli sądowej środków prawa miękkiego, w tym krajowych aktów „wdrażających” niewiążące akty prawa Unii. W związku z tym rodzi się pytanie, czy sądy krajowe mają również obowiązek rozpatrywania, w świetle wyroku Foto-Frost, kwestii dotyczących ważności niewiążących środków UE. Ewentualnie, czy taki sąd krajowy mógłby po prostu samodzielnie stwierdzić nieważność krajowego środka wykonawczego, ponieważ coś, co nie ma (prawdziwie) wiążącego charakteru może z pewnością pozostać nieuwzględnione w ramach swobody decyzyjnej?

[3] Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), zmiany decyzji nr 716/2009/WE oraz uchylenia decyzji Komisji 2009/78/WE (Dz.U. 2010, L 331, s. 12).

[4] Wyrok z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646).

[5] Wyrok z dnia 22 października 1987 r., Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452).

[6] Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79; zwany dalej „Belgia/Komisja”).

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Rozporządzenie nr 1093/2010

6. Artykułem 1 rozporządzenia nr 1093/2010 ustanowiono Europejski Urząd Nadzoru Bankowego. W wersji obowiązującej w chwili przyjęcia spornych wytycznych określono w nim zakres działalności EUNB w sposób następujący:

„2. [EUNB] działa w ramach uprawnień przyznanych niniejszym rozporządzeniem i zgodnie z zakresem dyrektywy 2002/87/WE[7], dyrektywy 2009/110/WE[8], rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013[9], dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE[10], dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/49/UE[11], rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/847[12], dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366[13] oraz, w stopniu, w jakim akty te mają zastosowanie do instytucji kredytowych i finansowych oraz właściwych organów, które je nadzorują, zgodnie z zakresem stosownych części dyrektywy 2002/65/WE[14] i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849[15], w tym wszystkich dyrektyw, rozporządzeń i decyzji wydanych na podstawie tych aktów, oraz wszelkich kolejnych prawnie wiążących aktów unijnych powierzających zadania [EUNB]. [EUNB] działa również zgodnie z rozporządzeniem Rady (UE) nr 1024/2013[16].

3. [EUNB] podejmuje również działania w zakresie działalności prowadzonej przez instytucje kredytowe, konglomeraty finansowe, firmy inwestycyjne, instytucje płatnicze i instytucje pieniądza elektronicznego w odniesieniu do spraw nieuregulowanych bezpośrednio w aktach, o których mowa w ust. 2, włączając kwestie ładu korporacyjnego, audytu i sprawozdawczości finansowej, pod warunkiem że działania [EUNB] są konieczne, by zapewnić skuteczne i spójne stosowanie tych aktów.

7 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie dodatkowego nadzoru nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń oraz przedsiębiorstwami inwestycyjnymi konglomeratu finansowego i zmieniająca dyrektywy Rady 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG i 93/22/EWG oraz dyrektywy 98/78/WE i 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz.U. 2003, L 35, s. 1).

8 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz.U. 2009, L 267, s. 7).

9 Rozporządzenie z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz.U. 2013, L 176, s. 1).

10 Dyrektywa z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz.U. 2013, L 176, s. 338).

11 Dyrektywa z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie systemów gwarancji depozytów (Dz.U. 2014, L 173, s. 149).

12 Rozporządzenie z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie informacji towarzyszących transferom środków pieniężnych i uchylenia rozporządzenia (WE) nr 1781/2006 (Dz.U. 2015, L 141, s. 1).

13 Dyrektywa z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE (Dz.U. 2015, L 337, s. 35).

14 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. dotycząca sprzedaży konsumentom usług finansowych na odległość oraz zmieniająca dyrektywę Rady 90/619/EWG oraz dyrektywy 97/7/WE i 98/27/WE (Dz.U. 2002, L 271, s. 16).

15 Dyrektywa z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz.U. 2015, L 141, s. 73).

16 Rozporządzenie z dnia 15 października 2013 r. powierzające Europejskiemu Bankowi Centralnemu szczególne zadania w odniesieniu do polityki związanej z nadzorem ostrożnościowym nad instytucjami kredytowymi (Dz.U. 2013, L 287, s. 63).

[…]

5. Celem [EUNB] jest ochrona interesu publicznego przez przyczynianie się do zapewniania w perspektywie krótko-, średnio- i długoterminowej stabilności i efektywności systemu finansowego na korzyść gospodarki Unii, jej obywateli i przedsiębiorstw. [EUNB] przyczynia się do:

a) polepszenia funkcjonowania rynku wewnętrznego, w tym w szczególności do zapewnienia właściwego, skutecznego i spójnego poziomu regulacji i nadzoru;

b) zapewniania integralności, przejrzystości, efektywności i prawidłowego funkcjonowania rynków finansowych;

c) wzmocnienia międzynarodowej koordynacji w zakresie nadzoru finansowego;

d) zapobiegania arbitrażowi regulacyjnemu i propagowania równych warunków konkurencji;

e) zapewnienia właściwej regulacji oraz nadzoru w zakresie podejmowania ryzyka kredytowego i innych rodzajów ryzyka; oraz

f) wzmocnienia ochrony klientów.

W związku z powyższymi celami [EUNB] przyczynia się do spójnego, efektywnego i skutecznego stosowania aktów, o których mowa w ust. 2, wspiera konwergencję praktyk nadzorczych, przedstawia opinie Parlamentowi Europejskiemu, Radzie i Komisji oraz prowadzi analizy ekonomiczne rynków, dążąc do osiągnięcia wyznaczonego mu celu”.

7. Zgodnie z art. 8 tego rozporządzenia zatytułowanym „Zadania i uprawnienia [EUNB]”:

„1. [EUNB] ma następujące zadania:

a) przyczyniać się do ustanowienia wspólnych standardów i praktyk regulacyjnych i nadzorczych wysokiej jakości, w szczególności przez przedstawianie opinii instytucjom Unii oraz przez opracowywanie wytycznych, zaleceń, projektów regulacyjnych i wykonawczych standardów technicznych, i innych środków opartych na aktach prawnych, o których mowa w art. 1 ust. 2;

   […]

b) przyczyniać się do spójnego stosowania prawnie wiążących aktów unijnych, w szczególności poprzez budowanie wspólnej kultury nadzoru, zapewnianie spójnego, efektywnego i skutecznego stosowania aktów, o których mowa w art. 1 ust. 2, zapobieganie arbitrażowi regulacyjnemu, mediację i rozstrzyganie sporów między właściwymi organami, zapewnianie skutecznego i spójnego nadzoru nad instytucjami finansowymi, zapewnianie spójności działań kolegiów organów nadzoru oraz podejmowanie działań m.in. w sytuacjach nadzwyczajnych;

[…]

2. W celu realizacji zadań określonych w ust. 1 [EUNB] dysponuje uprawnieniami określonymi w niniejszym rozporządzeniu, w szczególności uprawnieniami do podejmowania następujących działań:

[…]

c) wydawanie wytycznych i zaleceń, zgodnie z art. 16;

[…]”.

8. Artykuł 9 rozporządzenia nr 1093/2010, zatytułowany „Zadania związane z ochroną konsumentów i działalnością finansową”, przewiduje:

„1. [EUNB] podejmuje przewodnią rolę w propagowaniu przejrzystości, prostoty i uczciwości na rynku konsumenckich produktów i usług finansowych całego rynku wewnętrznego, między innymi przez:

a) gromadzenie i analizowanie informacji na temat tendencji w zachowaniach konsumentów oraz składanie odnośnych sprawozdań;

b) analizowanie i koordynowanie znajomości zagadnień finansowych i inicjatyw edukacyjnych realizowanych przez właściwe organy;

c) opracowywanie norm szkoleniowych dla sektora; oraz

d) przyczynianie się do rozwoju wspólnych zasad ujawnień.

2. [EUNB] monitoruje nowe oraz istniejące formy działalności finansowej i może przyjmować wytyczne oraz zalecenia w celu propagowania bezpieczeństwa i solidności rynków i konwergencji praktyk regulacyjnych.

[…]”.

9. Artykuł 16 tego rozporządzenia nosi tytuł „Wytyczne i zalecenia” i stanowi:

„1. W celu ustanowienia spójnych, wydajnych i skutecznych praktyk nadzorczych w ramach [Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego (ESNF)] oraz zapewnienia wspólnego, jednolitego i spójnego stosowania prawa Unii, [EUNB] wydaje wytyczne i zalecenia skierowane do właściwych organów lub instytucji finansowych.

2. W stosownych przypadkach [EUNB] przeprowadza otwarte konsultacje publiczne w sprawie wytycznych i zaleceń, a także analizuje potencjalne koszty i korzyści z nimi związane. Takie konsultacje i analizy muszą być proporcjonalne do zasięgu, charakteru i wpływu wytycznych lub zaleceń. W razie potrzeby [EUNB] zasięga również opinii lub rady Bankowej Grupy Interesariuszy, o której mowa w art. 37.

3. Właściwe organy i instytucje finansowe dokładają wszelkich starań, aby zastosować się do tych wytycznych i zaleceń.

W ciągu dwóch miesięcy od wydania wytycznej lub zalecenia każdy właściwy organ potwierdza, czy stosuje się lub czy zamierza zastosować się do danej wytycznej lub danego zalecenia. Jeżeli właściwy organ nie stosuje się do nich ani nie zamierza się do nich zastosować, powiadamia o tym [EUNB], podając uzasadnienie.

[EUNB] publikuje informacje o tym, że dany właściwy organ nie stosuje się lub nie zamierza zastosować się do danej wytycznej lub danego zalecenia. [EUNB] może również, w odniesieniu do indywidualnych przypadków, podjąć decyzję o opublikowaniu przedstawionego przez właściwy organ uzasadnienia niezastosowania się do danej wytycznej lub danego zalecenia. Właściwy organ jest z wyprzedzeniem powiadamiany o takiej publikacji.

Jeżeli jest to wymagane w wytycznej lub zaleceniu, instytucje finansowe jasno i szczegółowo informują, czy stosują się do tej wytycznej lub zalecenia.

[…]".

2. Wytyczne EUNB

10. Zgodnie z sekcją 1 pkt 1 wytycznych EUNB dotyczących zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej „[n]iniejszy dokument zawiera wytyczne wydane zgodnie z art. 16 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010. Zgodnie z art. 16 ust. 3 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 właściwe organy i instytucje finansowe dokładają wszelkich starań, aby zastosować się do tych wytycznych i zaleceń".

11. Punkt 2 wytycznych EUNB stanowi:

„Wytyczne przedstawiają stanowisko EUNB w sprawie odpowiednich praktyk nadzoru w ramach Europejskiego Systemu Nadzoru Finansowego lub tego, jak należy stosować prawo europejskie w konkretnym obszarze. Właściwe organy określone w art. 4 ust. 2 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010, do których wytyczne mają zastosowanie, powinny stosować się do wytycznych poprzez wprowadzenie ich odpowiednio do swoich praktyk (np. poprzez dostosowanie swoich ram prawnych lub procesów nadzorczych), również jeżeli wytyczne są skierowane przede wszystkim do instytucji".

12. Punkt 3 wytycznych, zatytułowany „Wymogi dotyczące sprawozdawczości", stanowi:

„Zgodnie z art. 16 ust. 3 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 właściwe organy muszą poinformować EUNB, czy stosują się lub czy zamierzą zastosować się do niniejszych wytycznych lub danego zalecenia lub podają powody niestosowania się do dnia 23.05.2016. W przypadku braku informacji w tym terminie właściwe organy zostaną uznane przez EUNB za niestosujące się do niniejszych wytycznych […]".

13. Punkt 5 otwiera sekcję 2 wytycznych EUNB poprzez określenie ich przedmiotu:

„Niniejsze wytyczne dotyczą ustanowienia zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych w odniesieniu zarówno do producentów, jak i dystrybutorów jako integralnej części ogólnych wymogów organizacyjnych związanych z systemami kontroli wewnętrznej przedsiębiorstw. Odnoszą się one do wewnętrznych procesów, funkcji i strategii mających na celu projektowanie produktów, wprowadzanie ich na rynek i dokonywanie ich przeglądu w całym ich cyklu życia.

W niniejszych wytycznych ustanawia się procedury właściwe dla zapewnienia zgodności z interesami, celami i cechami rynku docelowego. Wytyczne te nie dotyczą jednak odpowiedniości produktów dla poszczególnych konsumentów".

14. W pkt 6 wytycznych określono ich zakres stosowania:

„Niniejsze wytyczne stosują się do producentów i dystrybutorów produktów oferowanych i sprzedawanych konsumentom oraz określają zasady nadzoru nad produktami i zarządzania w odniesieniu do:

– art. 74 ust. 1 dyrektywy 2013/36/UE (»dyrektywa w sprawie wymogów kapitałowych IV« (CRD IV)), art. 10 ust. 4 dyrektywy 2007/64/WE[17] (»dyrektywa o usługach płatniczych«) oraz art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/110/WE (»dyrektywa w sprawie pieniądza elektronicznego«) w związku z art. 10 ust. 4 dyrektywy o usługach płatniczych; oraz

– art. 7 ust. 1 dyrektywy 2014/17/EU[18] (»dyrektywa w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi« lub »dyrektywa w sprawie kredytów hipotecznych«)".

15. Punkt 7 wytycznych ma następujące brzmienie:

„Właściwe organy mogą zechcieć rozważyć stosowanie tych wytycznych do innych podmiotów w ich jurysdykcji, które nie wchodzą w zakres stosowania wyżej wymienionych aktów prawnych, ale w odniesieniu do których właściwe organy mają obowiązki nadzorcze. W szczególności właściwe organy mogą zechcieć rozważyć stosowanie tych wytycznych do pośredników innych niż pośrednicy kredytowi na mocy dyrektywy w sprawie kredytów hipotecznych, takich jak pośrednicy zajmujący się kredytami konsumenckimi".

16. Punkt 8 wytycznych stanowi:

„Właściwe organy mogą zdecydować się na rozważenie rozszerzenia takiej samej ochrony określonej w niniejszych wytycznych na osoby inne niż konsumenci, takie jak mikroprzedsiębiorstwa oraz małe i średnie przedsiębiorstwa (MŚP)".

17. Zgodnie z pkt 11 wytycznych:

„Niniejsze wytyczne skierowane są do właściwych organów określonych w art. 4 ust. 2 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 oraz do instytucji finansowych określonych w art. 4 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 (»rozporządzenie w sprawie EUNB«)".

18. Punkt 16, zatytułowany „Data rozpoczęcia stosowania", zamyka „wprowadzające" sekcje 1–3. Punkt ten stanowi, że „[n]iniejsze wytyczne stosuje się od dnia 3 stycznia 2017 r.".

[17] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE (Dz.U. 2007, L 319, s. 1).

[18] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz.U. 2014, L 60, s. 34).

19. Treść wytycznych jako takich zawarto w dwóch następujących sekcjach: w sekcji 4 zatytułowanej „Zasady nadzoru nad produktami i ustalenia zarządcze dla producentów” oraz w sekcji 5 zatytułowanej „Zasady nadzoru i ustalenia zarządcze dotyczące produktów dla dystrybutorów”. Łącznie sekcje te zawierają 12 wytycznych, z których większość podzielona jest na bardziej szczegółowe zasady.

B. Prawo krajowe

20. Komunikat organu nadzoru ostrożnościowego i restrukturyzacji z dnia 8 września 2017 r., zatytułowany „Wdrożenie wytycznych Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego dotyczących zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej (EBA/GL/2015/18)”, ma następujące brzmienie:

„Organ nadzoru ostrożnościowego i restrukturyzacji (ACPR) oświadczył, że stosuje się do wytycznych Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego dotyczących zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej (EBA/GL/2015/18), które stanowią załącznik do niniejszego komunikatu.

Wytyczne te mają zastosowanie do instytucji kredytowych, instytucji płatniczych oraz instytucji pieniądza elektronicznego podlegających jego kontroli, które muszą dołożyć wszelkich starań w celu przestrzegania tych wytycznych i zapewnienia, zgodnie z pkt 14 wytycznych, że ich dystrybutorzy się do owych wytycznych stosują zgodnie z art. 16 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego)”.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

21. W dniu 22 marca 2016 r., powołując się na art. 16 rozporządzenia nr 1093/2010, EUNB wydał wytyczne dotyczące zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej. Wytyczne skierowane są do właściwych organów krajowych oraz do instytucji finansowych.

22. W dniu 8 września 2017 r. ACPR, jako właściwy w tej kwestii francuski organ nadzoru, opublikował na swojej stronie internetowej komunikat. W komunikacie tym ACPR oświadczył, że stosuje się do tych wytycznych. Stwierdził również, że wytyczne mają zastosowanie do instytucji kredytowych, instytucji płatniczych i instytucji pieniądza elektronicznego podlegających jego kontroli, które miały dołożyć wszelkich starań w celu przestrzegania tych wytycznych i zapewnienia, że ich dystrybutorzy się do owych wytycznych stosują.

23. W dniu 8 listopada 2017 r. FBF wniosło do Conseil d’État (rada państwa, Francja), sądu odsyłającego, skargę o stwierdzenie nieważności komunikatu ACPR. FBF twierdzi, że wytyczne EUNB, które stały się obowiązujące na mocy tego komunikatu, są nieważne ze względu na brak kompetencji EUNB do wydawania takich wytycznych.

24. Sąd odsyłający powziął wątpliwości co do dopuszczalności i zasadności zarzutu nieważności podniesionego wobec spornych wytycznych.

25. Sąd odsyłający jest zdania, że dopuszczalność takiego zarzutu nieważności dla celów wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zależy od tego, czy sporne wytyczne mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności przewidzianej w art. 263 TFUE, oraz od tego, czy zrzeszenie zawodowe takie jak FBF jest uprawnione do wniesienia takiej skargi.

26. Co się tyczy zasadności zarzutu, sąd odsyłający zauważa, że w wytycznych EUNB powołano się na szereg aktów ustawodawczych UE, jednak żaden z nich, oprócz dyrektywy 2014/17, nie przewiduje w sposób wyraźny przepisu dotyczącego zarządzania produktami bankowości detalicznej, czyli dziedziny, której dotyczą wytyczne. Ponadto żaden z tych aktów ustawodawczych nie zawiera przepisu uprawniającego EUNB do wydania wytycznych dotyczących zarządzania produktami bankowości detalicznej. Z rozporządzenia nr 1093/2010 wynika jednak, że EUNB przyczynia się do zapewnienia właściwej regulacji oraz nadzoru w zakresie podejmowania ryzyka kredytowego i innych rodzajów ryzyka, jak również do wzmocnienia ochrony klientów. To właśnie w realizacji tych celów pomaga zarządzanie produktami bankowości detalicznej.

27. Właśnie w tym kontekście faktycznym i prawnym Conseil d'État (rada państwa) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wytyczne wydane przez europejski organ nadzoru mogą być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności przewidzianej w art. 263 [TFUE]? Jeśli tak, czy zrzeszenie zawodowe jest uprawnione do zakwestionowania – w drodze skargi o stwierdzenie nieważności – ważności wytycznych skierowanych do członków, których interesów broni, a które nie dotyczą go ani bezpośrednio, ani indywidualnie?

2) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na któreś z dwóch pytań zadanych w pkt 1 – czy wytyczne wydane przez europejski organ nadzoru mogą być przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przewidzianego w art. 267 [TFUE]? Jeśli tak, czy zrzeszenie zawodowe jest uprawnione do zakwestionowania – w drodze zarzutu – ważności wytycznych skierowanych do członków, których interesów broni, a które nie dotyczą go ani bezpośrednio, ani indywidualnie?

3) W sytuacji, gdyby Fédération bancaire française było uprawnione do zakwestionowania – w drodze zarzutu – ważności wytycznych przyjętych przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego w dniu 22 marca 2016 r., to czy Urząd ten, wydając owe wytyczne, przekroczył kompetencje przyznane mu na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1093/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego)?".

28. Uwagi na piśmie przedłożyli FBF, ACPR, rządy francuski i polski, Komisja Europejska oraz EUNB. Wszystkie te strony, z wyjątkiem rządu polskiego, przedstawiły również swoje stanowiska ustnie podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 20 października 2020 r.

IV. Analiza

29. Niniejsza opinia ma następującą strukturę. Rozpocznę od uwag wstępnych w przedmiocie pytań sądu odsyłającego oraz (nie)wiążącego charakteru spornych wytycznych (A). Następnie odniosę się do pytań skierowanych przez sąd odsyłający w odwróconej kolejności, zaczynając od

pytania trzeciego, w celu ustalenia, czy sporne wytyczne zostały rzeczywiście wydane przez EUNB w ramach przysługujących mu uprawnień (B). Po stwierdzeniu, że EUNB faktycznie przekroczył swoje kompetencje, przejdę następnie do pytań pierwszego i drugiego oraz kilku innych elementów dotyczących ogólnego związku między art. 263 i 267 TFUE w kontekście niewiążących środków UE (C).

A. Uwagi wstępne

1. Pozornie nieskomplikowana sprawa?

30. Z pewnego punktu widzenia niniejsza sprawa jest dość prosta. Gdyby pytania prejudycjalne analizować w oderwaniu od rozpatrywanej sprawy i odpowiadać na nie w kolejności, w jakiej zostały zadane, odpowiedzi nie sprawiałyby aż takiej trudności.

31. Pytanie pierwsze jest niedopuszczalne. Niniejszą sprawę wniesiono jako wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE. W tym kontekście proceduralnym pytanie, czy ta sama skarga może zostać ewentualnie wniesiona jako skarga o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE, ma charakter czysto hipotetycznych rozważań. W podobnym duchu, pytanie, czy zrzeszenie zawodowe może zaskarżyć sporne wytyczne w tym postępowaniu, jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przed sądem odsyłającym.

32. Pytanie drugie jest również proste. O ile pytanie to jest dopuszczalne, o tyle odpowiedź na nie można łatwo wywnioskować z istniejącego orzecznictwa. Od czasu wydania wyroku Grimaldi Trybunał konsekwentnie podkreśla, że w art. 267 TFUE przyznano Trybunałowi właściwość do orzekania w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje Unii, „bez żadnego wyjątku” [19]. Niewiążące środki UE mogą zatem w sposób oczywisty stanowić przedmiot wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności [20].

33. Ponadto pytania szczegółowe wspólne dla pytań pierwszego i drugiego, dotyczące legitymacji procesowej stowarzyszeń zawodowych, nie jest istotne w kontekście postępowania prejudycjalnego. Decyzję o skierowaniu sprawy do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE podejmuje wyłącznie sąd krajowy [21]. Zdaniem Trybunału każda strona w postępowaniu krajowym może powołać się na nieważność aktu Unii i spowodować skierowanie przez sąd, który nie jest władny samodzielnie stwierdzić nieważności takiego aktu, pytania prejudycjalnego [22].

34. Jednakże w pozostałym zakresie prawo Unii nie reguluje kwestii ustalenia, kto powinien być stroną przed sądem krajowym. Jeśli prawo krajowe zezwala na podnoszenie takich zarzutów, decyzja, czy skierowanie sprawy do Trybunału jest konieczne (lub czy sąd jest do tego

[19] Zobacz wyroki: z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 8); z dnia 13 czerwca 2017 r., Florescu i in. (C-258/14, EU:C:2017:448, pkt 30); z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79, pkt 44); z dnia 27 lutego 2018 r., Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, pkt 44). Zobacz także, w kontekście zaleceń EUNB, opinia rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, pkt 95–102).

[20] Zobacz, jeżeli chodzi o zalecenia UE, wyroki: z dnia 13 grudnia 1989 r., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, pkt 8–18); z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79, pkt 44).

[21] Zobacz na przykład wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

[22] Zobacz na przykład wyrok z dnia 27 listopada 2012 r., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo).

zobowiązany), należy do wyłącznej kompetencji sądu krajowego. Tak więc kwestia, czy FBF dysponuje legitymacją procesową do podniesienia przed sądem krajowym zarzutu nieważności środka UE jest kwestią prawa krajowego.

35. Wobec tego, odpowiadając na pytania w kolejności, w jakiej zostały postawione, i rozpatrując dwa pierwsze pytania w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, można swobodnie i bezpośrednio przejść do pytania trzeciego i uznać, że kwestia uprawnienia EUNB do przyjęcia spornych wytycznych jest jedyną rzeczywistą kwestią w niniejszej sprawie.

36. Nie sądzę jednak, aby taki skrót myślowy był właściwy. W rzeczywistości to właśnie zmierzając do udzielenia odpowiedzi na pytanie trzecie i wyciągnięcia z niego konsekwencji, można w pełni zrozumieć zakres pytań pierwszego i drugiego, jeśli do tych ostatnich nie podchodzi się w ujęciu *abstrakcyjnym*, lecz *w konkretnym kontekście* niniejszej sprawy.

37. Ponadto jasne jest, że tak uproszczona interpretacja tych trzech pytań umniejszałaby intencji sądu odsyłającego. Z postanowienia odsyłającego, w szczególności rozpatrywanego łącznie z opinią wyjaśniającą rapporteur public du Conseil d'État (rady państwa) w tej sprawie [23], wynika bowiem jasno, że sąd odsyłający zna istotne orzecznictwo Trybunału w tym zakresie. Na podstawie tych dokumentów można stwierdzić, że sąd odsyłający zastanawia się w istocie, dokąd dokładnie to orzecznictwo może go zaprowadzić w konkretnej zawisłej przed nim sprawie.

38. To właśnie w tym kontekście sąd odsyłający kwestionuje w szczególności związek między art. 263 i 267 TFUE w zakresie prawa miękkiego, w szczególności w sytuacji, gdy sąd krajowy przewiduje kontrolę sądową niewiążących środków *krajowych*, natomiast Trybunał nie zezwala, w ramach skargi o stwierdzenie nieważności, na kontrolę niewiążących środków UE. Kwestia ta leży u podstaw pytania o analogie (lub ich brak) między tymi dwoma rodzajami postępowań, w szczególności jeśli chodzi o legitymację procesową zrzeszeń zawodowych w obu rodzajach postępowań. Z kolei z tym zagadnieniem wiąże się następnie inne, również wskazane przez sąd odsyłający w odesłaniu prejudycjalnym dotyczące tego, że w ramach postępowania prejudycjalnego dochodzi do splotu kontroli na poziomie krajowym i europejskim: czy sądy krajowe są zobowiązane, na podstawie wyroku Foto-Frost, do zwrócenia się do Trybunału z pytaniami w przedmiocie ważności niewiążącego środka UE w ramach kontroli środka krajowego, który spowodował zastosowanie tego środka UE na poziomie krajowym wobec indywidualnych adresatów?

39. W kontekście powyższego, w zakresie, w jakim odpowiedź w pierwszej kolejności na pytanie trzecie pomoże wyjaśnić bardziej ogólne kwestie wynikające z pytań pierwszego i drugiego, wolę rozpocząć od tego trzeciego pytania zanim powrócę do tych kwestii strukturalnych. W ten sposób konkretny przykład wytycznych przyjętych przez EUNB dobrze ilustruje kwestie strukturalne związane z kontrolą środków prawa miękkiego przed Trybunałem Sprawiedliwości.

2. Czy sporne wytyczne są (prawdziwym) środkiem o charakterze niewiążącym?

40. Zanim jednak przejdę do pytania trzeciego, należy zająć się inną kwestią wstępną. Czy sporne wytyczne są *prawdziwym* środkiem niewiążącym, który *nie* wywołuje wiążących skutków prawnych, jak podnoszą wszystkie strony postępowania? To z pozoru zwykłe stwierdzenie jest

[23] Opinia Emilie Bokdam, rapporteur public, z dnia 4 grudnia 2019 r. w sprawie nr 415550 – Fédération bancaire française (dostępna na stronie internetowej: https://www.conseil-etat.fr).

raczej istotnym założeniem wyjściowym dla przedstawionej poniżej dyskusji. Kwestia ta kryje się bowiem w pierwszej części pytania pierwszego, ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem *prawdziwe* środki prawa miękkiego wyłącza się z kontroli sądowej na podstawie art. 263 TFUE. Natomiast gdyby taki środek wywoływał wiążące skutki prawne (a więc był „fałszywym" instrumentem „miękkiego prawa"), podlegałby kontroli na podstawie art. 263 TFUE (przynajmniej przy założeniu, że dotyczyłby bezpośrednio i indywidualnie danego skarżącego).

41. Z utrwalonego orzecznictwa wynika bowiem, że za „akty zaskarżalne" w rozumieniu art. 263 TFUE uważa się wszelkie przepisy wydane przez instytucje [Unii], bez względu na ich formę, które mają na celu wywołanie wiążących skutków prawnych. W celu stwierdzenia, czy akt wywołuje wiążące skutki prawne, należy uwzględnić jego istotę i dokonać oceny tych skutków w zależności od obiektywnych kryteriów, takich jak treść tego aktu, przy uwzględnieniu w razie potrzeby okoliczności jego przyjęcia, a także uprawnień instytucji, która go wydała [24].

42. Czy sporne wytyczne wywołują wiążące skutki prawne zgodnie z tym tradycyjnym kryterium?

43. Z jednej strony prawdą jest, po pierwsze, że sporne wytyczne są sformułowane w sposób wskazujący na ich nieobowiązkowy charakter. W rzeczywistych wytycznych merytorycznych skierowanych do producentów i dystrybutorów produktów bankowych, zawartych w sekcjach 4 i 5 wytycznych, zastosowano termin „powinny" w przeciwieństwie do formy nakazowej. Po drugie, właściwe organy [25] nie są zobowiązane do ich przestrzegania. W art. 16 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia nr 1093/2010 przewidziano wymóg, by każdy właściwy organ potwierdził, czy stosuje się lub zamierza zastosować się do wytycznych przyjętych przez EUNB. Jeżeli właściwy organ nie stosuje się do nich ani nie zamierza się do nich zastosować, powiadamia o tym EUNB, podając uzasadnienie [26]. Po trzecie, przy ocenie kontekstu i uprawnień danej agencji argument ten z pewnością wpisze się w ten sam rodzaj błędnego koła w rozumowaniu, które już przedstawiłem w innym miejscu [27]: (i) ponieważ EUNB z pewnością miał świadomość, że jego wytyczne nie są wiążące, (ii) nie mógł zatem mieć zamiaru przyjęcia czegokolwiek, co byłoby wiążące, i (iii) stąd jest oczywiste, że organ przyjmujący akt nie miał w ogóle zamiaru przyjęcia wiążącego aktu prawnego.

44. Na tej podstawie można bez wątpienia stwierdzić, że sporne wytyczne nie wywołują same w sobie wiążących skutków prawnych.

45. Z drugiej strony, wytyczne te wydaje się jednak w określonym kontekście i wraz z szeregiem mechanizmów, które, w świetle rozporządzenia nr 1093/2010 jako ich podstawy prawnej, sprawiają, że są to akty, które można rozsądnie postrzegać jako nakłaniające do ich przestrzegania przez podmioty, do których są adresowane.

[24] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 31 marca 1971 r., Komisja/Rada (22/70, EU:C:1971:32, pkt 39, 42); z dnia 25 października 2017 r., Rumunia/Komisja (C-599/15 P, EU:C:2017:801, pkt 47, 48); z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79, pkt 31, 32).

[25] Zgodnie z definicją w art. 4 pkt 2 rozporządzenia nr 1093/2010 (zasadniczo krajowe organy regulacyjne).

[26] W pkt 3 sekcji 1 wytycznych stwierdza się jednak, że „[w] przypadku braku [takiej] informacji [w terminie dwóch miesięcy] właściwe organy zostaną uznane przez EUNB za niestosujące się do niniejszych wytycznych". Jest to dość osobliwe pod względem koncepcyjnym, że punkt w niewiążących wytycznych ma na celu zmianę (lub odstępstwo od) obowiązku wyraźnie nałożonego w treści art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 1093/2010. Ponieważ jednak pkt 3 w rzeczywistości nie nakłada żadnego dodatkowego obowiązku, lecz raczej od niego odstępuje, tworząc założenie „silencio negativo", z technicznego punktu widzenia nie powstaje *żaden nowy* obowiązek prawny. Pozostaje jedynie problem co do tego, jak niewiążące wytyczne mogą zmienić treść obowiązku prawnego zawartego w rozporządzeniu.

[27] Zobacz moja opinia w sprawie Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2017:959, pkt 76–79).

46. Po pierwsze, zgodnie z art. 16 ust. 3 akapit pierwszy rozporządzenia nr 1093/2010, sekcja 1 pkt 1 spornych wytycznych stanowi, że właściwe organy krajowe i instytucje finansowe „dokładają wszelkich starań, aby zastosować się do tych wytycznych". Bez szczegółowego badania, na czym konkretnie polega „dokładanie wszelkich starań", można założyć, że spornych wytycznych nie przyjęto po to, by zostały zwyczajnie zignorowane przez adresatów, zwłaszcza jeśli dołożenie takich starań stanowi ich obowiązek.

47. Po drugie, kto dokładnie jest adresatem wytycznych? Nawet jeśli sporne wytyczne są formalnie skierowane, zgodnie z ich pkt 11, do właściwych organów i do instytucji finansowych [28], jest oczywiste, że to instytucje finansowe będą ostatecznie musiały spełniać obowiązki i jako takie są ich prawdziwymi adresatami. Logika ta wynika z treści wytycznych w sekcjach 4 i 5, które są skierowane wyłącznie do producentów i dystrybutorów produktów bankowych.

48. W ujęciu systemowym wytyczne są bardzo zbliżone do dyrektyw: chociaż formalnie są skierowane do państwa członkowskiego, ich przepisy mają w odpowiedni sposób regulować zachowanie jednostek, które nie mają innego wyboru, jak tylko je stosować. Właściwe organy nie są rzeczywistymi adresatami tych zobowiązań. Ich zadanie polega po prostu na ich przyjęciu lub odrzuceniu. Jednakże po podjęciu tej decyzji początkowo niewiążący charakter staje się bardzo wiążący, ponieważ „nominalny adresat" (właściwy organ nadzoru) staje się rzeczywistym „podmiotem egzekwującym ich stosowanie". W ten sposób rzeczywiści adresaci wytycznych, czyli instytucje finansowe, mają bardzo niewielki wybór, a raczej są go pozbawione, co do tego, czy chcą się do nich stosować.

49. Ponadto w świetle pkt 6, 7 i 8 spornych wytycznych rozpatrywanych łącznie [29] nie jest nawet jasne, czy formalna decyzja właściwego organu o niezastosowaniu się do wytycznych rzeczywiście zwalnia instytucje finansowe z obowiązku „dokładania wszelkich starań, aby zastosować się do wytycznych". Niezastosowanie się do wytycznych przez właściwe organy może równie dobrze oznaczać jedynie, że nie zamierzają one ich egzekwować, co nie ma wpływu na obowiązek instytucji finansowych jako taki. Innymi słowy, wytyczne te mogą funkcjonować w konkretny sposób w odniesieniu do instytucji finansowych, niezależnie od stanowiska zajętego przez właściwe organy.

50. Po trzecie, i w związku z poprzednim punktem, gdy właściwe organy postanowią zastosować się do wytycznych, sporne wytyczne faktycznie wiążą instytucje finansowe na poziomie krajowym wskutek ich „wdrożenia" lub „włączenia" przez właściwy organ krajowy. W niniejszej sprawie ACPR, oświadczając w swoim komunikacie, że stosuje się do spornych wytycznych, uczyniła ich treść de facto obowiązującą dla instytucji finansowych we Francji. W tym względzie warto podkreślić, że w przeciwieństwie do dyrektywy, której treść musi najpierw zostać przetransponowana do formy prawa krajowego, treść wytycznych stała się obowiązująca poprzez komunikat ACPR dla wszystkich „instytucji kredytowych, instytucji płatniczych i instytucji pieniądza elektronicznego podlegających kontroli ACPR" [30].

[28] Podczas gdy art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 1093/2010 przewiduje, że EUNB wydaje wytyczne skierowane do właściwych organów *lub* instytucji finansowych.

[29] Jako że w spornych wytycznych wyjaśniono, w pkt 7, że właściwe organy „mogą zechcieć rozważyć" stosowanie ich do innych podmiotów niż producenci i dystrybutorzy produktów finansowych w odniesieniu do aktów ustawodawczych, o których mowa w wytycznych, można by uznać, że wytyczne miałyby automatycznie zastosowanie do tych ostatnich, niezależnie od stanowiska przyjętego przez właściwe organy.

[30] Zobacz powyżej pkt 20 niniejszej opinii. Jak wyraźnie wskazano w owym komunikacie, sporne wytyczne zostały po prostu „załączone" do komunikatu w niezmienionej formie.

51. Ostatni punkt dotyczący skutecznego egzekwowania na poziomie krajowym wymaga dokładnego wyjaśnienia. Z chwilą, gdy właściwy organ krajowy przyjął wytyczne, ich przestrzeganie staje się egzekwowalne w danym państwie członkowskim. Według rapporteur public du Conseil d'État (rady państwa) w sporze w postępowaniu głównym niezastosowanie się do wytycznych nie może prowadzić *bezpośrednio* do nałożenia sankcji. Jednakże treść wytycznych stanowi najlepsze praktyki, których instytucje finansowe powinny przestrzegać. Jeżeli instytucje te nie przestrzegają tych najlepszych praktyk, może to być postrzegane jako zła praktyka z ich strony. Na tej podstawie ACPR mógłby wydawać indywidualne ostrzeżenia, w przypadku których niezastosowanie się zasadniczo narażałoby te instytucje finansowe na postępowanie dyscyplinarne [31].

52. Krótko mówiąc, zgodnie z tradycyjną definicją aktu prawa Unii wywołującego wiążące skutki prawne do celów art. 263 TFUE przychylam się do stanowiska, zgodnie z którym wytyczne, zwłaszcza jeśli są rozpatrywane wyłącznie na poziomie UE, można prawdopodobnie uznać za niewiążący, prawdziwy instrument „miękkiego prawa". Jednakże w przypadku zastosowania tego kryterium do spraw takich jak niniejsza, to tradycyjne podejście nie daje zbyt wielu odpowiedzi, lecz raczej wymownie określa istotę problemu.

53. Kryterium mające na celu ustalenie, czy dany akt prawa Unii podlega kontroli, powinno koncentrować się na tym, czy akt ten można rozsądnie postrzegać jako skłaniający rozsądnego adresata do zastosowania się lub nawet rzeczywiście to wymuszający. Rezultat powinien być skalowalny i uwzględniać ciągłość skutków prawnych, ale też logicznie skupiać się na faktycznych skutkach, jakie sporny akt wywiera na sytuację prawną jego adresatów. Jeżeli problem tkwi w hybrydowych formach sprawowania rządów, wówczas środek zaradczy również może być hybrydowy, logicznie dostosowany do dokładnego rodzaju skutków, jakie wywołuje i które są postrzegane jako problematyczne. Jednakże, jak ostatnio pokazał wyrok Belgia/Komisja, Trybunał nadal koncentruje się na akcie i jego autorze, w oderwaniu od rzeczywistego życia aktu prawnego i jego adresatów, tym samym zataczając błędne koło poprzez przyjęcie, że charakter aktu jest określany przez intencję jego autora i odwrotnie. Ostatecznie w takim binarnym świecie można sobie wyobrazić tylko jeden z dwóch rezultatów: albo skutki prawne będą w pełni wiążące, albo nie wystąpią one wcale.

54. Nie mam zamiaru powtarzać argumentów, które wcześniej nie przekonały Trybunału [32]. Chodzi raczej o wyjaśnienie, w jaki sposób te wybory wpływają na niniejszą sprawę. Unijny i krajowy szczebel regulacyjny i sądowy to naczynia połączone, przynajmniej w ramach postępowania prejudycjalnego. Okoliczność ta dodaje kolejną warstwę złożoności do niniejszej sprawy, w której tradycyjne podejście polegające na uwzględnieniu tylko i wyłącznie aktu prawa Unii na poziomie UE staje się problematyczne: to, co nadal można by interpretować jako prawo miękkie, przy uwzględnieniu tylko i wyłącznie EUNB i właściwych organów krajowych, zmienia zupełnie charakter jeden poziom niżej w państwach członkowskich. Na tym poziomie „prawo miękkie" nie jest już „tak miękkie", a może nawet ulec przekształceniu w prawdziwe „prawo twarde". Należy zaznaczyć, że prawo Unii z pewnością nie stoi na przeszkodzie takiej sytuacji. Wręcz przeciwnie: cały system zaprojektowano tak, by funkcjonował właśnie w ten sposób.

55. Podsumowując, w odniesieniu do ich prawdziwych adresatów, w postaci instytucji finansowych na poziomie krajowym, wytyczne mają wyraźnie dużo mniej „miękki" charakter niż miałoby to miejsce, gdyby skupić się na poziomie właściwych organów krajowych. Niemniej jednak, jako założenie wyjściowe, można rzeczywiście zasugerować, że w odniesieniu do

[31] Zobacz opinia E. Bokdam, s. 5 (zob. przypis 23 powyżej).

[32] W mojej opinii w sprawie Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

standardowego podejścia Trybunału do środków UE, które nie wywołują wiążących skutków prawnych, sporne wytyczne prawdopodobnie nie zostaną uznane przez Trybunał za wiążące, a w konsekwencji za podlegające kontroli na podstawie art. 263 TFUE.

B. Pytanie trzecie: Czy EUNB przekroczył swoje kompetencje wynikające z rozporządzenia nr 1093/2010?

56. Według FBF sporne wytyczne regulują zarządzanie produktami. Są one pozbawione podstawy prawnej w zakresie, w jakim nie można uznać, że wdrażają akty ustawodawcze, o których mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010, ponieważ te ostatnie zasadniczo regulują ład korporacyjny. Bardziej prawdopodobne jest, że przyjmując sporne wytyczne, EUNB wzorował się na dyrektywie 2014/65/UE[33], która reguluje zarządzanie produktami finansowymi i w której kluczowe znaczenie ma pojęcie „rynku docelowego" oraz rozróżnienie między producentami a dystrybutorami.

57. Komisja w dużej mierze podziela pogląd FBF. Uważa jednak, że sporne wytyczne nie wykraczają całkowicie poza kompetencje EUNB w zakresie, w jakim odnoszą się do art. 7 ust. 1 dyrektywy 2014/17. Ta ostatnia zezwala na uregulowanie zarządzania produktami, na określenie rynków docelowych oraz na dokonanie rozróżnienia między producentami a dystrybutorami. W pozostałym zakresie wytyczne wykraczają jednak poza kompetencje EUNB i zdaniem Komisji należy uznać je za nieważne.

58. ACPR, rządy francuski i polski oraz EUNB są przeciwnego zdania. Według ACPR, rządu francuskiego i EUNB urząd ten jest uprawniony do przyjmowania wytycznych wykraczających poza ścisły zakres aktów ustawodawczych, o których mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010, gdyż art. 1 ust. 3 tego rozporządzenia rozszerza uprawnienia EUNB na sprawy nieuregulowane tymi aktami. W każdym razie zarządzanie produktami i ład korporacyjny są ze sobą powiązane, a zatem nie można uznać, że sporne wytyczne wykraczają poza zakres kompetencji EUNB. Zdaniem tych samych interwenientów, a także rządu polskiego, działanie EUNB jest zgodne z prawem również z tego względu, że rozporządzenie nr 1093/2010 wyraźnie ma na celu zapewnienie ochrony konsumentów. EUNB był uprawniony do przyjęcia spornych wytycznych w zakresie, w jakim służą one temu celowi. Dlatego też, zdaniem ACPR i EUNB, należy po prostu dokonać *ogólnej oceny* uprawnienia EUNB do przyjmowania wytycznych. Taka ogólna ocena prowadziłaby do wniosku, że urząd ten był uprawniony do wydania spornych wytycznych.

59. W kolejnych punktach omówię, dlaczego nie zgadzam się ze zdaniem ACPR, rządu francuskiego i polskiego oraz EUNB. Chociaż sporne wytyczne mogą, jeśli oceniać je w ujęciu ogólnym, mniej więcej wpisywać się w ramy rozporządzenia nr 1093/2010 (1), wyjaśnię, dlaczego nie uważam, aby taka ogólnikowa lub łagodna ocena była uzasadniona w kontekście środków o charakterze niewiążącym (2). Z uwagi na niezgodność spornych wytycznych z rozporządzeniem nr 1093/2010 pozostaje pytanie, co powinno być formalnym wynikiem takiego ustalenia (3).

[33] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.U. 2014, L 173, s. 349).

1. Zgodność spornych wytycznych z rozporządzeniem nr 1093/2010 w zakresie kompetencji EUNB

60. Sporne wytyczne dotyczą ustanowienia zarządzania produktami w odniesieniu do produktów bankowości detalicznej. W szczególności w wytycznych tych zaleca się, aby producenci określili właściwe rynki docelowe i zapewnili, aby produkty były odpowiednie dla tych rynków [34]. W wytycznych zaleca się również testowanie produktu, aby móc ocenić, jak produkt będzie wpływał na konsumentów w wielu różnych scenariuszach [35]. Ponadto producenci powinni wybrać dystrybutorów odpowiednich dla danego rynku docelowego i być w stanie dostarczyć tym dystrybutorom informacje dotyczące cech produktu i związanego z nim ryzyka dla konsumentów [36]. Ze swej strony dystrybutorzy produktów bankowych powinni ujawnić konsumentowi opis głównych cech danych produktów oraz związanego z nimi ryzyka [37].

61. Zgodnie z sekcją 2 pkt 6 sporne wytyczne stosują się do producentów i dystrybutorów produktów oferowanych i sprzedawanych konsumentom w odniesieniu do czterech przepisów konkretnych aktów ustawodawczych, a mianowicie art. 74 ust. 1 dyrektywy 2013/36, art. 10 ust. 4 dyrektywy 2007/64, art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/110 oraz art. 7 ust. 1 dyrektywy 2014/17. Właściwe organy mogą również „zechcieć rozważyć stosowanie tych wytycznych do innych podmiotów w ich jurysdykcji, które nie wchodzą w zakres stosowania wyżej wymienionych aktów prawnych, ale w odniesieniu do których właściwe organy mają obowiązki nadzorcze” [38].

62. Porównując przywołany zakres zastosowania z rzeczywistą treścią wytycznych, wydaje się raczej jasne, że – jak zasadniczo sugerują FBF i Komisja – w odniesieniu do ich podstawy prawnej sporne wytyczne wykraczają poza zakres dopuszczalny w świetle rozporządzenia nr 1093/2010.

63. Zgodnie z art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 1093/2010 „[w] celu ustanowienia spójnych, wydajnych i skutecznych praktyk nadzorczych w ramach ESNF oraz zapewnienia wspólnego, jednolitego i spójnego stosowania prawa Unii, [EUNB] wydaje wytyczne i zalecenia skierowane do właściwych organów lub instytucji finansowych”.

64. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010 EUNB działa w ramach uprawnień przyznanych tym rozporządzeniem *i* zgodnie z zakresem szeregu aktów ustawodawczych w nim określonych *oraz* wszelkich przyszłych prawnie wiążących aktów unijnych powierzających mu zadania. Na podstawie art. 1 ust. 3 EUNB podejmuje również działania w zakresie działalności prowadzonej przez różne wymienione w tym przepisie instytucje finansowe „w odniesieniu do spraw nieuregulowanych bezpośrednio w aktach, o których mowa w ust. 2 […], *pod warunkiem* że działania [EUNB] są *konieczne*, by zapewnić skuteczne i spójne stosowanie *tych aktów*” [39].

34 Wytyczna nr 3.

35 Wytyczna nr 4.

36 Wytyczne nr 7 i 8.

37 Wytyczna nr 12.

38 Zobacz pkt 7 spornych wytycznych.

39 Wyróżnienie moje.

65. Z treści tych przepisów wynika dość jasno, że niezależnie od rodzaju podjętego środka EUNB działa wyłącznie w (materialnych) granicach tych aktów ustawodawczych. Szereg innych przepisów rozporządzenia nr 1093/2010 dotyczących zadań i uprawnień EUNB również potwierdza, że akty te stanowią ostateczny horyzont działalności EUNB [40]. To właśnie w świetle treści i zakresu tych aktów należy zatem oceniać sporne wytyczne.

66. Jeśli chodzi o dyrektywy 2013/36, 2007/64 i 2009/110, na które konkretnie powołano się w spornych wytycznych w odniesieniu do zakresu ich stosowania [41], wydaje się, że wszystkie one są aktami ustawodawczymi, do których odnosi się art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010 [42]. W związku z tym EUNB ma co do zasady prawo przyjąć wytyczne w celu urzeczywistnienia tych instrumentów.

67. Istnieje jednak wyraźna rozbieżność między przedmiotem tych aktów a przedmiotem wytycznych. O ile w tych ostatnich określono szczegółowe „zasady" dotyczące zarządzania *produktami*, te pierwsze odnoszą się do ładu *korporacyjnego*, przewidując w szczególności procedury wewnętrzne w instytucjach finansowych, jasne struktury organizacyjne ze spójnymi zakresami odpowiedzialności oraz procedury związane z zarządzaniem ryzykiem i wymogami kapitałowymi. Nie jest jasne, w jaki sposób wytyczne dotyczące zarządzania *produktami* przyczyniają się do skutecznego i spójnego stosowania aktów dotyczących ładu *korporacyjnego*, szczególnie w perspektywie krótkoterminowej. Podczas gdy te ostatnie akty dotyczą ryzyka związanego z dysfunkcjonalnym ładem korporacyjnym w perspektywie długoterminowej (a więc kwestii strukturalnej), sporne wytyczne mają na celu uregulowanie procesów wewnętrznych w zakresie zarządzania produktami, które mają wpływ na wyniki krótkoterminowe. Dlatego też rodzaj (i stopień) ryzyka, które jest regulowane z jednej strony przez sporne wytyczne, a z drugiej strony przez akty ustawodawcze, o których mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010, różnią się.

68. Różnica między *zarządzaniem produktami* a *ładem korporacyjnym* jako przedmiotem regulacji nie ma jedynie charakteru akademickiego. Analogiczny przykład z innej dziedziny, takiej jak przemysł motoryzacyjny, może pomóc w zilustrowaniu tej różnicy. Ład korporacyjny wymaga od producentów samochodów stosowania mechanizmów kontrolnych na każdym etapie produkcji, posiadania przejrzystej struktury organizacyjnej, jasnego określenia, kto jest za co odpowiedzialny, posiadania systemów rozwiązywania potencjalnych problemów itd. Wszystkie te zasady są związane ze sprawnym funkcjonowaniem przedsiębiorstwa. Natomiast zarządzanie produktami wymaga od producentów samochodów określenia właściwego rynku docelowego dla nowego samochodu, rozważenia, w jaki sposób nowy model samochodu pasuje do istniejącej gamy samochodów i czy obecność zbyt wielu alternatywnych samochodów nie uniemożliwia konsumentom podejmowania świadomych decyzji. Takie „zasady" mają niewiele wspólnego z wewnętrznym funkcjonowaniem przedsiębiorstwa. Ich celem jest uregulowanie procesu podejmowania decyzji biznesowych w odniesieniu do jakości produktów, które mają być oferowane klientom. Innymi słowy, zasady ładu korporacyjnego odnoszą się do jakości wewnętrznych procesów i mechanizmów, które mają zapewnić sprawne funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Zasady zarządzania produktami dotyczą decyzji biznesowych, które są podejmowane przede wszystkim w celu wprowadzania samochodów na rynek.

[40] Zobacz w rozdziale II (niewyczerpujący wykaz) art. 8 ust. 1 lit. a) i b); art. 9 ust. 5; art. 10 ust. 1; art. 15 ust. 1 oraz art. 17 ust. 1 i 6 rozporządzenia nr 1093/2010.

[41] W szczególności, odpowiednio, art. 74 ust. 1, art. 10 ust. 4 i art. 3 ust. 1, wymienione w pkt 6 tej sekcji wytycznych.

[42] W wersji obowiązującej w czasie wystąpienia okoliczności faktycznych w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010 nie wymieniono dyrektywy 2010/64, lecz dyrektywę 2015/2366, ponieważ ta ostatnia ją zastąpiła.

69. Ponadto zgadzam się z FBF, że przedmiot tych aktów ustawodawczych nie jest tożsamy z przedmiotem dyrektywy 2014/65, która w sposób szczególny i wyraźny reguluje zarządzanie produktami finansowymi wprowadzanymi do obrotu przez podmioty świadczące usługi inwestycyjne [43]. Tym samym EUNB nie mógł zgodnie z prawem przyjąć wytycznych dotyczących zarządzania produktami bankowymi.

70. Natomiast, jak przyznała Komisja, a w pewnym stopniu także sąd odsyłający, art. 7 ust. 1 dyrektywy 2014/17, który jest także wyraźnie wymieniony w sekcji 2 pkt 6 spornych wytycznych, jest niewątpliwie związany z produktami, w szczególności kredytowymi. Mógłby on zatem pełnić funkcję, przynajmniej częściowo, właściwej podstawy prawnej spornych wytycznych.

71. Przedmiotem dyrektywy 2014/17 nie jest jednak zarządzanie produktami w takim samym sensie jak sporne wytyczne. Reguluje ona raczej postępowanie kredytodawców w poszczególnych przypadkach oraz metodykę podejmowania decyzji o przyznaniu lub odmowie udzielenia kredytu danemu klientowi. Ponadto, chociaż kilka przepisów dyrektywy 2014/17 przewiduje uprawnienie EUNB do przyjmowania pewnych zasad [44], żaden z tych przepisów nie dotyczy konkretnie zasad zarządzania produktami, ani nie odnosi się do przyjęcia wytycznych w przedmiotowych kwestiach.

72. Mam zatem pewne trudności z uznaniem dyrektywy 2014/17 za akt regulujący kwestię kompetencji EUNB do przyjęcia spornych wytycznych. W istocie, nawet gdyby faktycznie uznać dyrektywę 2014/17 za rzeczywistą podstawę prawną w niniejszej sprawie, quod non, zastanawiam się, dokąd dokładnie w praktyce może prowadzić pozytywny rezultat w odniesieniu do jednego z czterech celów. Twierdzenia Komisji dość dobrze ilustrują tę kwestię.

73. Komisja podniosła, że Trybunał powinien stwierdzić nieważność spornych wytycznych *w zakresie, w jakim odnoszą się one* do (i) art. 10 ust. 4 dyrektywy 2007/64, (ii) art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/110 oraz (iii) art. 74 ust. 1 dyrektywy 2013/36. Jednocześnie Komisja podniosła również, że Trybunał powinien stwierdzić ważność spornych wytycznych *w zakresie, w jakim odnoszą się one* do art. 7 ust. 1 dyrektywy 2014/17 (lub raczej, powielając w całości wniosek Komisji, że badanie tej kwestii nie ujawniło żadnych elementów mogących wywołać wątpliwości co do ważności wytycznych).

74. Muszę przyznać, że nie jestem w stanie wyobrazić sobie, co w praktyce oznaczałaby sentencja takiego wyroku. Czy byłoby to równoznaczne ze stwierdzeniem, że wytyczne pozostają „ważne", ale ich zakres stosowania zostałby sądownie ograniczony wyłącznie do konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi? Czy wówczas wytyczne miałyby zastosowanie jedynie do instytucji finansowych oferujących takie konkretne produkty? Czy też na tej podstawie należałoby jeszcze bardziej zagłębić się w szczegóły i oceniać poszczególne wytyczne jedna po drugiej?

75. W świetle tych rozważań jedyną rozsądną możliwością wydaje się uznanie, że wytyczne należy albo utrzymać, albo odrzucić w całości. Moim zdaniem sporne wytyczne jako całość nie są objęte zakresem stosowania aktów ustawodawczych, o których mowa w rozporządzeniu nr 1093/2010,

[43] O której nie ma mowy w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 1093/2010, ponieważ dyrektywa 2014/65 faktycznie upoważnia Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA), a nie EUNB, do przyjmowania wytycznych dotyczących zarządzania produktami. Zobacz w tym względzie wytyczne ESMA z dnia 5 lutego 2018 r. dotyczące wymogów w zakresie zarządzania produktami zgodnie z MiFID II (ESMA35–43–620).

[44] Na przykład art. 29, 34 i 37 oraz załącznik 2 do dyrektywy 2014/17.

ani tych, które powierzają EUNB szczególne zadania. EUNB przekroczył zatem swoje kompetencje, przyjmując wytyczne, których przedmiot nie wpisuje się w zakres stosowania owych aktów ustawodawczych.

2. Jaki stopień intensywności kontroli w przypadku niewiążących środków UE?

76. Gdyby zastosować w tej sprawie *normalną kontrolę*, doszlibyśmy do powyższego wniosku wstępnego. Przez „normalną" rozumiem taki rodzaj kontroli, jaką Trybunał przeprowadza powszechnie i z taką samą intensywnością przy badaniu ważności środków wywołujących wiążące skutki prawne [45].

77. Należy jednak zapytać, czy środki, które rzekomo nie wywołują żadnych wiążących skutków prawnych, powinny w ogóle podlegać takiemu normalnemu rodzajowi kontroli. Krótko mówiąc, jeśli nie są one wiążące, to dlaczego ktokolwiek, w tym Trybunał, miałby się nimi przejmować? Dlaczego konieczne jest kontrolowanie, czy organ UE pozostał w zakresie swoich kompetencji, jeśli nikt nie musi zwracać uwagi na to, co głosi? Te względy powinny skutkować, przynajmniej w odniesieniu do prawdziwych środków prawa miękkiego, przeprowadzeniem raczej *łagodnej* kontroli, jeżeli w ogóle.

78. Zasadniczo zgodnie z logiką wywodu ACPR i EUNB przedstawionego podczas rozprawy stopień kontroli niewiążących środków UE powinien być niższy niż w przypadku aktów wiążących, co jest równoznaczne z jedynie *ogólną* oceną środków niewiążących. Poprzez ten argument sugeruje się zasadniczo, że nawet jeśli środki niewiążące nie mieszczą się ściśle w zakresie kompetencji EUNB, fakt, że mogą one *mniej więcej* mieścić się w tym zakresie, wystarcza do stwierdzenia zgodności z prawem wytycznych EUNB. W szczególności, jeśli chodzi o podział kompetencji, autorzy środków niewiążących korzystaliby raczej z pewnej swobody niż z narzuconych im ścisłych ograniczeń. W praktyce uchylenie tych środków miałoby miejsce tylko wówczas, gdyby *w sposób oczywisty* wykraczały one poza granice uprawnień przyznanych ich autorowi.

79. W istocie, z pewnej perspektywy zarządzanie produktami być może nie różni się aż tak bardzo od ładu korporacyjnego, jeśli spojrzeć na nie w sposób abstrakcyjny i celowościowy. Obie koncepcje mają wpływ na stabilność systemu finansowego. Jak wskazał EUNB podczas rozprawy, ogólnym celem wytycznych jest zalecenie procesów wewnętrznych, które wyeliminowałyby nadmierne ryzyko, ponieważ nierozważne podejmowanie ryzyka leżało u podstaw kryzysu finansowego, który rozpoczął się w 2008 r. Skuteczny nadzór nad produktami i rozwiązania zapewniające, że produkty finansowe spełniają wymogi rynków docelowych, mają szansę poprawić wyniki gospodarcze instytucji finansowej i zmniejszyć ryzyko upadłości.

80. Z tego samego względu, jak twierdzą ACPR, rządy francuski i polski oraz EUNB, wytyczne EUNB można nadal postrzegać jako mieszczące się w granicach uprawnień EUNB, ponieważ rozporządzenie nr 1093/2010 wyraźnie ma na celu ochronę konsumentów. Ochrona konsumentów niewątpliwie jest istotnym celem rozporządzenia nr 1093/2010. Pojawia się ona

[45] Zobacz ogólnie, z uwzględnieniem różnej intensywności kontroli sądowej na podstawie art. 263 TFUE, na przykład wyroki: z dnia 18 marca 2014 r., Komisja/Parlament i Rada (C-427/12, EU:C:2014:170, pkt 40); z dnia 30 kwietnia 2019 r., Włochy/Rada (Kwota połowowa włócznika śródziemnomorskiego) (C-611/17, EU:C:2019:332, pkt 57, 120).

między innymi w przepisach art. 1 ust. 5 lit. f) [46], a przede wszystkim w art. 9, który jest poświęcony „zadani[om] związan[ym] z ochroną konsumentów i działalnością finansową". Ten złożony cel może być wykorzystany do uzasadnienia działań EUNB w wielu dziedzinach.

81. Oczywiście uznaję te argumenty. Niemniej jednak zwyczajnie nie mogę się z nimi zgodzić, ani w kontekście tej konkretnej sprawy, ani w ujęciu ogólnym.

82. W zakresie dotyczącym konkretnych wytycznych nie uważam, że należy przyjąć szeroką, celowościową interpretację zakresu działania EUNB w oparciu o niejasno określone „cele ogólne", aby potwierdzić ważność spornych wytycznych. Tak daleko idące zaangażowanie regulacyjne EUNB oparte na szeroko zdefiniowanych celach jest nie do przyjęcia w świetle samego art. 9 ust. 1 rozporządzenia nr 1093/2010. Zgodnie z tym przepisem rola EUNB wydaje się raczej ograniczona. Ma on gromadzić i analizować informacje na temat trendów konsumenckich, analizować i koordynować inicjatywy edukacyjne oraz opracowywać normy szkoleniowe. Chociaż lista ta nie jest wyczerpująca, wskazuje ona na bardzo różne rodzaje środków i działań przewidzianych dla EUNB w ramach „ochrony konsumentów".

83. Ponadto nadmierne ryzyko jest z natury rzeczy niebezpieczne. Każda decyzja biznesowa jest jednak obarczona ryzykiem. Możliwość urzeczywistnienia się takiego ryzyka nie jest wystarczającym uzasadnieniem, aby agencja UE mogła je wszystkie regulować, w szczególności za pomocą „zwykłych" wytycznych. Gdyby uznać, że zarządzanie produktami i ład korporacyjny są ze sobą tak powiązane, że uzasadnia to działania EUNB w odniesieniu do pierwszego z nich na podstawie aktów ustawodawczych dotyczących tego drugiego, EUNB byłby wówczas uprawniony do przyjmowania przepisów, być może w sposób nieograniczony, w wielu sytuacjach, które mają niewiele wspólnego z ładem korporacyjnym sensu stricto. Czy EUNB nie powinien mieć również uprawnień do wydawania wytycznych w sprawie naboru i awansu pracowników, wyboru dostawców oprogramowania, funkcjonowania infolinii lub procesów zakupu mebli? A może EUNB powinien mieć również możliwość regulowania bezpieczeństwa pasów w samochodach służbowych używanych przez kierownictwo najwyższego szczebla instytucji finansowej. Jeśli osoby kluczowe dla stabilności sektora finansowego nie byłyby odpowiednio chronione w tak niefortunnym incydencie jak wypadek samochodowy, zagrożona byłaby w pewnym zakresie również stabilność sektora.

84. Ponadto, ogólnie rzecz biorąc, istnieją liczne, raczej ważkie argumenty przemawiające za normalną, standardową kontrolą w przypadku jej zastosowania do niewiążących aktów prawnych na podstawie art. 267 TFUE (na co nalega Trybunał).

85. Po pierwsze, zezwolenie instytucjom i, w szerszym ujęciu, licznym organom UE na wydawanie „prawnie niewiążących" środków z ograniczoną kontrolą sądową (na przykład bez kontroli kompetencji) jedynie zachęciłoby do dalszego rozprzestrzeniania się w Unii „krypto-ustawodawstwa" w formie prawa miękkiego. Jak wyjaśniłem w mojej opinii w sprawie Belgia/Komisja [47], organy UE są w stanie, poprzez prawo miękkie, tworzyć równoległe zbiory przepisów, które obchodzą proces legislacyjny i mogą mieć wpływ na równowagę instytucjonalną.

[46] Można zauważyć, że wydaje się, iż istnieje pewna rozbieżność między angielską wersją językową art. 1 ust. 5 lit. f), która pierwotnie odnosiła się do ochrony *klienta*, a innymi wersjami językowymi (takimi jak francuska, niemiecka, włoska, hiszpańska, niderlandzka czy czeska), które odnosiły się do ochrony *konsumenta*. Po ostatnich zmianach wprowadzonych rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/2175 z dnia 18 grudnia 2019 r. (Dz.U. 2019, L 334, s. 1) zmieniającym rozporządzenie nr 1093/2010 ten sam przepis brzmi obecnie „wzmocnienia ochrony klientów i konsumentów". Nie chcę opierać swojej argumentacji na tej różnicy. Po prostu pragnę zwrócić uwagę na osobliwą technikę legislacyjną polegającą na wyjaśnianiu rozbieżności językowych poprzez uwzględnienie wszystkich rozbieżnych pojęć.

[47] C-16/16 P, EU:C:2017:959, pkt 93–95.

86. Po drugie, takie praktyki mogą mieć wpływ nie tylko na (horyzontalną) równowagę instytucjonalną, ale przede wszystkim na ogólną legalność przepisów na niższym poziomie. Rosnąca liczba agencji UE wywołała obawy co do legalności związane z wykonywaniem przekazanych im uprawnień administracyjnych. Należy zatem zadbać o to, by wykonywanie tych uprawnień nie pozostawało bez kontroli, nawet w odniesieniu do nominalnie niewiążących aktów UE [48].

87. Po trzecie, argumenty te nabierają szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy w wielu nowych obszarach polityki obserwujemy już wyraźną „ucieczkę w instrumenty miękkiego prawa", czego dobitnymi przykładami są unia bankowa i nadzór finansowy. W tym kontekście paradoksalne jest to, że chociaż Traktat z Lizbony ostatecznie zapewnił Trybunałowi pełną domyślną właściwość w odniesieniu do wszystkich aktów przyjętych przez organy i instytucje UE, znosząc – niepełną pod względem ochrony prawnej – strukturę filarów [49], ten sam problem może teraz zostać powielony wewnętrznie, a obszary działań UE regulujące zachowanie jednostek zostaną ponownie skutecznie wyłączone z jakiejkolwiek kontroli, tym razem na własne życzenie Trybunału.

88. Po czwarte, istnieje dodatkowy argument dotyczący konkretnie agencji UE, w odróżnieniu od instytucji UE. O ile wszystkie organy UE rzeczywiście podlegają zasadzie kompetencji przydzielonych, agencjom UE zwykle przyznaje się dodatkowo specjalistyczny i raczej wąski mandat. Oprócz argumentu konstytucyjnego przemawiającego za tym, że struktura ta wymaga czegoś więcej niż łagodnej kontroli, istnieje również argument bardziej pragmatyczny. Chodzi o ryzyko wystąpienia sytuacji, w której w obszarze prawa miękkiego „zrobi się tłoczno". Gdy mandaty kilku agencji lub organów nakładają się na siebie, co powoduje, że regulują one podobne lub sąsiadujące ze sobą kwestie (jak ma to miejsce w przypadku bankowości i finansów), interpretowanie takich mandatów na stosunkowo wysokim poziomie abstrakcji i w odniesieniu do osiągania abstrakcyjnych celów prowadziłoby jedynie do powstania nakładających się lub nawet sprzecznych instrumentów „miękkiego prawa".

89. Bez problemu dostrzegam wyjątkowy charakter takich rozważań: jak może istnieć, z definicji, *konflikt* między środkami prawnie niewiążącymi? To, co nie jest prawnie wiążące, nie może być w konflikcie, ponieważ nie jest w stanie stworzyć żadnych zobowiązań prawnych. Na czym miałby zatem polegać taki konflikt?

90. Wreszcie, po piąte, problem polega na tym, że Trybunał najwyraźniej odmówił przyjęcia tej logiki, co znalazło ostatnio potwierdzenie w wyroku Belgia/Komisja. W mojej opinii w tej sprawie [50] rzeczywiście zasugerowałem możliwość opierania się na formie środka prawnego UE, która następnie określałaby sposób postrzegania jego istoty. Jeśli zatem coś jest nazywane „wytyczną", uznaje się, że nie wywołuje ona żadnych wiążących skutków prawnych i każdy ma prawo w pełni ją zignorować, właśnie ze względu na to, że jest to wytyczna.

91. Jednakże Trybunał nalegał na przyjęcie poprzedniego podejścia, w ramach którego należy najpierw zdecydować, w każdym indywidualnym przypadku i niezależnie od formalnego oznaczenia aktu, czy jest on „prawdziwym" czy „fałszywym" środkiem prawa miękkiego [51]. Konieczną konsekwencją takiego podejścia jest jednak to, że przed ustaleniem, czy dany środek

[48] Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 13 czerwca 1958 r., Meroni/High Authority (9/56, EU:C:1958:7); z dnia 14 maja 1981 r., Romano (98/80, EU:C:1981:104); z dnia 22 stycznia 2014 r., Zjednoczone Królestwo/Parlament i Rada (C-270/12, EU:C:2014:18).

[49] Zobacz ponadto moja opinia w sprawie Węgry/Parlament (C-650/18, EU:C:2020:985, pkt 33–37).

[50] Opinia w sprawie Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2017:959, pkt 144–171).

[51] Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79, pkt 29, 32).

jest prawdziwym środkiem prawa miękkiego, nie można wykluczyć, że w rzeczywistości rodzi on wiążące zobowiązania prawne. Jest zatem z pewnością możliwe, że adresaci przepisów Unii niezależnie od charakteru tych ostatnich znajdą się w sytuacji, w której nie będą w stanie stwierdzić, co jest formalnie wiążące, a jeśli chodzi o ich obowiązki materialne – do której z potencjalnie sprzecznych wytycznych powinni się zastosować.

92. Na zakończenie, wracając do konkretnego przykładu EUNB, wydaje się, że sam prawodawca UE zaczął dostrzegać, że mogą pojawić się potencjalne problemy, i wykazał wolę ściślejszego monitorowania działań EUNB. Rozporządzenie nr 1093/2010 zostało w międzyczasie zmienione przez rozporządzenie nr 2019/2175. W związku z tą zmianą nowy art. 60a rozporządzenia nr 1093/2010, zatytułowany „Przekroczenie kompetencji", mimo że nie ma zastosowania do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy z uwagi na ramy czasowe, stanowi, że „[k]ażda osoba fizyczna lub prawna może przesłać Komisji uzasadnioną opinię, jeżeli ta osoba fizyczna lub prawna uzna, że [EUNB] – działając zgodnie z art. 16 […] – przekroczył swoje kompetencje […], a takie przekroczenie kompetencji ma bezpośredni i indywidualny wpływ na daną osobę" [52].

93. Po raz kolejny należy podkreślić, że w odniesieniu do prawdziwego prawa miękkiego, wszystko to jest po prostu zdumiewające. W rozdziale V rozporządzenia nr 1093/2010, zatytułowanym „Środki odwoławcze", wprowadzono przepis, który zakłada, że wydając w zamyśle prawnie niewiążące wytyczne i zalecenia na mocy art. 16 rozporządzenia lub niewiążące opinie na mocy art. 16a, EUNB może przekroczyć swoje kompetencje, w związku z czym konieczne jest zastosowanie środka odwoławczego. Niezależnie od systemowych przesłanek stojących za takim przepisem można założyć, że nie zostałby on wprowadzony, gdyby prawodawca UE nie doszedł do wniosku, że być może istnieje jakiś problem. Pewne jest jedynie to, że skrzynka pocztowa Komisji raczej dotkliwie nie ucierpi, jeśli warunkiem umożliwienia danej osobie skierowania pisma do Komisji jest zasadniczo to, by zaistniał „bezpośredni i indywidualny wpływ" problematycznego środka na tę osobę, a już z pewnością jeśli inspiracją dla interpretacji tych pojęć miałoby być utrwalone orzecznictwo Trybunału odnoszące się do art. 263 ust. 4 TFUE.

94. W świetle tych wszystkich argumentów nie pozostaje mi nic innego, jak stwierdzić, że istotnie konieczne jest poddanie niewiążących aktów przyjmowanych przez agencje UE *normalnej* kontroli sądowej, przynajmniej w odniesieniu do kompetencji tych agencji, tak aby nie ingerowały one bezprawnie w kompetencje innych organów lub instytucji UE.

3. Jaki jest skutek (formalny) w przypadku takiej kontroli?

95. Ostatnia kwestia w kontekście kontroli sądowej prawnie niewiążącego środka dotyczy rodzaju rozstrzygnięcia w przypadku złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącego ważności takiego środka. Jaki mógłby być skutek w przypadku, gdy (i) zaskarżony akt UE nie jest prawnie wiążący i w związku z tym nie może być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE, a zatem nie może zostać formalnie unieważniony w ramach tego postępowania, ale (ii) Trybunał stwierdził brak kompetencji po stronie organu wydającego akt w następstwie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE?

[52] Zobacz także motyw 5 rozporządzenia nr 2019/2175 „[…] Treść i forma działań i środków stosowanych przez Europejskie Urzędy Nadzoru, w tym instrumentów takich jak wytyczne […] powinny zawsze opierać się na aktach ustawodawczych, o których mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzeń ustanawiających i nigdy nie powinny wykraczać poza ich zakres lub powinny zawsze pozostawać w granicach ich uprawnień. […]". Ponadto, zobacz w tym zakresie nowy art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 1093/2010 akapit drugi: „Wytyczne i zalecenia muszą być zgodne z uprawnieniami przyznanymi w aktach ustawodawczych, o których mowa w art. 1 ust. 2 lub w niniejszym artykule".

96. Możliwe są dwa warianty. Po pierwsze, prawnie niewiążący środek UE mógłby zostać uznany za nieważny, co jest normalnym skutkiem w przypadku innych rodzajów (wiążących) środków prawa Unii uznanych za niewystarczające na mocy art. 267 TFUE. Po drugie, kwestia ważności takiego środka mogłaby zostać skutecznie przeformułowana jako kwestia wykładni na podstawie art. 267 TFUE, odnosząca się albo do wykładni samego niewiążącego aktu UE, albo do wykładni (wiążącej) podstawy prawnej, w oparciu o którą akt ten przyjęto (w niniejszej sprawie rozporządzenia nr 1093/2010).

97. Wariantem, który prawdopodobnie można z góry odrzucić, jest pierwsza alternatywa w ramach drugiego scenariusza: jeżeli Trybunał stwierdziłby, że organ przyjął niewiążący środek prawa Unii z naruszeniem swoich kompetencji, nie rozumiem, jak można by przypuszczać, że intencją Trybunału byłoby pochylenie się nad nim raz jeszcze i opracowanie go na nowo na drodze sądowej poprzez „interpretację" tego, co przede wszystkim nigdy nie powinno było się tam znaleźć.

98. Jeśli się nie mylę, w odniesieniu do dotychczasowej praktyki Trybunału, Trybunał nie stwierdził nieważności niewiążącego środka Unia Europejska za wyjątkiem najnowszego orzecznictwa [53]. Częściowo wynika to być może z faktu, że sądy krajowe zazwyczaj podnosiły kwestie *dotyczące wykładni* w odniesieniu do takich aktów [54]. Należy jednak również przyznać, że (jak dotąd) Trybunał zawsze przeformułowywał pytania w przedmiocie ważności na pytania w przedmiocie wykładni [55].

99. Tego rodzaju „przekształcenie" było być może najbardziej widoczne w wyroku Wielkiej Izby w sprawie Kotnik i in., w którym Trybunał wyraźnie ocenił szereg pytań dotyczących ważności, jakby były to pytania dotyczące wykładni [56]. Ponadto w dwóch poprzednich przypadkach Trybunał nawet wyraźnie wykluczył możliwość oceny ważności spornego środka po stwierdzeniu, że nie wywoływał on skutków wiążących [57].

100. Orzecznictwo Trybunału można więc w pewnym sensie postrzegać jako odpowiedź na nieco brutalny wstęp do niniejszej opinii: to, co nigdy nie żyło (jako prawo), nie może zginąć (z ręki Trybunału). Jedyne, co Trybunał może zrobić, to stwierdzić autorytatywnie, że to zwierzę nigdy się nie urodziło, ponieważ fizjonomia matki wyklucza jakąkolwiek możliwość wydania na świat tego stworzenia.

101. W pewnym sensie rozwiązanie to przynajmniej zapobiega niektórym problemom mogącym pojawić się, jeśli Trybunał stwierdzi na podstawie art. 267 TFUE nieważność aktu, którego nie można było unieważnić na podstawie art. 263 TFUE ze względu na brak wiążących skutków

[53] W wyroku z dnia 25 marca 2021 r., *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249), w którym Trybunał stwierdził nieważność zalecenia przyjętego przez EUNB. Fakt, że zalecenie, o którym mowa stanowiło prawdziwy instrument prawa miękkiego, a więc jednoznacznie niewiążący (pkt 79 tego wyroku), i w związku z tym w wyraźny sposób wykluczony z kontroli sądowej na podstawie art. 263 TFUE (pkt 82), nie stało zdaniem Trybunału na przeszkodzie przeprowadzeniu pełnej oceny ważności tego niewiążącego środka, zgodnie z wyrokiem *Grimaldi*, na podstawie art. 267 TFUE.

[54] Zobacz, oprócz wyroku Grimaldi, wyrok z dnia 13 czerwca 2017 r., Florescu i in. (C-258/14, EU:C:2017:448).

[55] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 8 kwietnia 1992 r., Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, pkt 17); z dnia 11 maja 2006 r., Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312); z dnia 19 lipca 2016 r., Kotnik i in. (C-526/14, EU:C:2016:570, pkt 31–34, 46–94).

[56] Wyrok z dnia 19 lipca 2016 r., Kotnik i in. (C-526/14, EU:C:2016:570, pkt 31–34, 46–94) w odniesieniu do pytań prejudycjalnych od drugiego do piątego.

[57] Zobacz na przykład, w odniesieniu do zawiadomienia Komisji w sprawie pozwoleń na przywóz i wywóz, wyrok z dnia 8 kwietnia 1992 r., Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, pkt 16, 17); w odniesieniu do rozstrzygnięć Komitetu Kodeksu Celnego, pomimo faktu, że rozstrzygnięcia te są „brane pod uwagę" przez państwa członkowskie, wyrok z dnia 11 maja 2006 r., Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312, pkt 40, 41), rozumiany w świetle opinii rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura (EU:C:2006:78, pkt 24): „Jedynie przepisy wywołujące skutki prawnie wiążące mogą być przedmiotem oceny zgodności z prawem". Zobacz jednak również najnowsze odstąpienie od tej linii orzeczniczej w wyroku *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249, pkt 79 i 82–83).

prawnych tego aktu. Trybunał mógłby kontynuować to podejście i tym samym stwierdzić w niniejszej sprawie, że wykładnia łączna art. 1, 8 i 16 rozporządzenia nr 1093/2010 stoi na przeszkodzie wydaniu przez EUNB spornych wytycznych ze względu na brak jego uprawnień w tym zakresie.

102. Ponadto taka odpowiedź może wydawać się bardziej odpowiednia niż odpowiedź w kwestii ważności w ramach pytania trzeciego, ponieważ, bardzo formalnie rzecz ujmując, sąd odsyłający nie zadał pytania w przedmiocie ważności. Sąd odsyłający zapytał jedynie, czy przyjmując sporne wytyczne, EUNB przekroczył swoje uprawnienia.

103. W ujęciu ogólnym taki skutek jest więc możliwy [58]. Ze wszelkich względów praktycznych uznanie zwierzęcia za nieistniejące nie różni się zbytnio od stwierdzenia, że jego matka nigdy nie mogła go urodzić [59]. To stwierdzenie ma jednak swoją cenę i samo w sobie jest źródłem problemów. Dlatego też nadal proponowałbym, aby Trybunał wyraźnie udzielił odpowiedzi w przedmiocie *ważności* spornych wytycznych.

104. Po pierwsze, chociaż sąd odsyłający sformułował pytanie trzecie w odniesieniu do kompetencji, stwierdzenie braku uprawnień logicznie prowadzi do stwierdzenia nieważności wytycznych lub uznania ich za nieważne [60]. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której stwierdzono by przekroczenie uprawnień, mimo że akt nadal wisi gdzieś w powietrzu.

105. Po drugie i przede wszystkim, czy to do sądu odsyłającego należałoby podjęcie działań w oparciu o odpowiedź udzieloną przez Trybunał? Czy sąd krajowy, wyciągając konsekwencje z takiego stwierdzenia Trybunału, mógłby sam uznać wytyczne za nieważne? Czy też stwierdzenie przekroczenia kompetencji na poziomie UE uprawniałoby go do stwierdzenia nieważności krajowego „wykonawczego" instrumentu „miękkiego prawa"?

106. W każdym razie, w ujęciu systemowym, każdy z przedstawionych powyżej hipotetycznych wariantów dla sądu krajowego jest niezadowalający z punktu widzenia odrębnych normatywnych zbiorów przepisów, unijnych i krajowych, i może podważyć linię orzeczniczą wywodzącą się z wyroku Foto-Frost. Zasadniczo wyłącznie do Trybunału należy rozstrzyganie kwestii (nie)ważności środków prawa Unii. Natomiast sądy krajowe mogą jedynie stwierdzać nieważność aktów pochodzenia krajowego. Ogólnie rzecz biorąc, odpowiedź w rodzaju „środek prawa Unii należy interpretować w ten sposób, że wyklucza on inny środek" jest odpowiednia dla środków *krajowych*, a nie dla środków Unia Europejska (niezależnie od tego, czy są one wiążące czy nie). Takie obejście jest rzeczywiście konieczne w odniesieniu do przepisów krajowych, ponieważ Trybunał jest właściwy do dokonywania wykładni prawa Unii, ale nie do oceny prawa krajowego. Natomiast struktura tego rodzaju nie jest właściwa, gdy sporne wytyczne są środkami UE, ponieważ Trybunał jest zasadniczo uprawniony nie tylko do ich kontroli, lecz także do stwierdzenia ich nieważności lub uznania ich za nieważne.

107. Po trzecie, przeformułowanie pytania o ważność w pytanie o wykładnię oznacza istotny przegląd (a przynajmniej warunkowanie), linii orzeczniczej wywodzącej się z wyroku Grimaldi. Wbrew temu, co w nim stwierdzono i co było często powtarzane od tego czasu [61], Trybunał

[58] Z pewnością w tej konkretnej sprawie. W innych sprawach nie zawsze może bowiem istnieć ogólny przepis prawny, taki jak art. 16 rozporządzenia nr 1093/2010, do którego można by formalnie przypisać taką „interpretację".

[59] Przynajmniej dla tych osób trzecich, które po prostu chciałyby, żeby tego zwierzęcia nie było. Inaczej sprawa wygląda z punktu widzenia samego zwierzęcia, które może poczuć się nieco bardziej urażone tym ostatnim stwierdzeniem.

[60] Zobacz na przykład wyrok z dnia 24 maja 2007 r., Komisja/Portugalia (C-376/06, niepublikowany, EU:C:2007:308, pkt 47).

[61] Zobacz orzecznictwo przywołane w przypisie 19 powyżej.

faktycznie nie byłby właściwy do orzekania w przedmiocie „ważności *wszystkich aktów* instytucji UE *bez żadnego wyjątku*". Trybunał zostałby w związku z tym pozbawiony możliwości orzekania w przedmiocie ważności niewiążących aktów UE na mocy art. 267 TFUE. Istniałby zatem duży – i wraz ze wzrostem liczby instrumentów „miękkiego prawa" coraz szerzej zakrojony – wyjątek od właściwości Trybunału, zarówno na podstawie art. 267, jak i art. 263 TFUE.

108. Wreszcie, po czwarte, warunkowanie wyroku Grimaldi oznaczałaby w istocie, że w pewnym sensie przywrócona zostałaby pewna spójność między art. 263 a 267 TFUE. Spójność ta sprowadzałaby się jednak do najmniejszego wspólnego mianownika i byłaby ze szkodą dla jakiejkolwiek skutecznej ochrony prawnej przewidzianej w prawie Unii. Oznaczałoby to, że skoro brak jest skutecznego dostępu do sądowej kontroli środków prawa miękkiego na podstawie art. 263 TFUE, to najlepiej, aby nie był on możliwy również na podstawie art. 267 TFUE.

109. W końcowej części niniejszej opinii (C) wyjaśnię, dlaczego i w jaki sposób taka logika byłaby błędna pod względem strukturalnym. Do celów udzielenia odpowiedzi na pytanie trzecie proponuję jednak Trybunałowi przyjęcie najprostszej, najprzejrzystszej i w istocie najuczciwszej odpowiedzi: sporne wytyczne należy uznać za nieważne w zakresie, w jakim EUNB działał z przekroczeniem uprawnień przyznanych mu rozporządzeniem nr 1093/2010.

C. Pytania pierwsze i drugie: związek między art. 263 a 267 TFUE

110. Dopiero na tym etapie można dokonać pełnej oceny szerszych kwestii poruszonych przez sąd odsyłający w pytaniach pierwszym i drugim. W związku z tym poniżej zajmę się kolejno tymi pytaniami. Zacznę od drugich części pytań pierwszego i drugiego, które dotyczą legitymacji procesowej FBF przed sądem krajowym (1). Następnie przejdę do wyroku Foto-Frost i kwestii tego, czy sąd krajowy ma obowiązek zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jeśli to, co jest przedmiotem jego rozważań, w dużej mierze przypomina „uniemożliwienie" stosowania na szczeblu krajowym niewiążącego aktu UE (2). Wreszcie rozważę ogólny związek między art. 263 a 267 TFUE w odniesieniu do niewiążących środków prawa Unii, które leżą u podstaw pierwszych części pytań pierwszego i drugiego (3). Takie podejście doprowadzi mnie w końcu do dość niezadowalającego wniosku na temat ogólnego stanu prawa Unii w tym obszarze i rozważań, w jaki sposób (jeśli w ogóle) można pogodzić wyroki Grimaldi, Foto-Frost i Belgia/Komisja w odniesieniu do instrumentów „miękkiego prawa" (4).

1. Legitymacja procesowa na mocy art. 263 i 267 TFUE (drugie części pytań pierwszego i drugiego)

111. Traktowana dosłownie i rozpatrywana odrębnie[62] druga część pytania pierwszego jest niedopuszczalna, ponieważ w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ze skargą o stwierdzenie nieważności. Na drugą część pytania drugiego należy odpowiedzieć w ten sposób, że kwestią prawa krajowego, a nie prawa Unii, jest decyzja, kiedy i w jaki sposób strona postępowania krajowego może powołać się na zarzut niezgodności z prawem.

[62] Zobacz powyżej pkt 30–34 niniejszej opinii.

112. Jednakże z łącznej lektury pytań pierwszego i drugiego oraz w kontekście niniejszej sprawy wydaje się, że sądowi odsyłającemu chodzi w istocie o „scenariusz TWD": sytuację, w której skarżący, który mógł wnieść skargę o stwierdzenie nieważności aktu UE do Trybunału, lecz tego nie uczynił, nie ma możliwości zakwestionowania przed sądem krajowym ważności krajowego środka wykonawczego do tego aktu.

113. Zgodnie z linią orzeczniczą wywodzącą się z wyroku TWD [63], ostatnio uszczegółowioną w wyroku Georgsmarienhütte i in. [64], w sytuacji gdy podmiot prawa, który zamierza zakwestionować środek UE, bez wątpienia ma legitymację procesową na podstawie art. 263 akapit czwarty TFUE, jest zobowiązany do skorzystania ze środka prawnego przewidzianego w tym postanowieniu poprzez wniesienie skargi do Sądu. Możliwość powołania się przez stronę procesową w ramach postępowania przed sądem krajowym rozpatrującym jej skargę na nieważność przepisów zawartych w aktach UE zakłada, że strona ta nie miała prawa do wniesienia bezpośredniej skargi na podstawie art. 263 TFUE, za pomocą której mogłaby zakwestionować te przepisy.

114. W niniejszej sprawie sąd odsyłający zmierza w pierwszej kolejności do ustalenia, czy zrzeszenie zawodowe, takie jak FBF, mogło zaskarżyć wytyczne EUNB w drodze skargi o stwierdzenie nieważności, aby w okolicznościach niniejszej sprawy ustalić, czy nadal może ono zakwestionować zgodność z prawem środka krajowego (komunikatu ACPR), na podstawie którego wytyczne EUNB zyskały moc obowiązującą.

115. W kontekście sprawy dotyczącej prawdziwego środka prawa miękkiego nie sądzę, aby takie rozważania były w jakikolwiek sposób *istotne*. Nawet gdyby były, *nie są one uzasadnione*.

116. Po pierwsze, ponieważ wytyczne EUNB nie są wiążące zgodnie z tradycyjnym podejściem Trybunału [65], skarga o stwierdzenie nieważności przed Trybunałem byłaby w każdym razie niedopuszczalna ze względu na *charakter* przedmiotowego środka UE, *niezależnie od tego*, czy ma on „bezpośredni i indywidualny wpływ" na skarżącego. Zgodnie z dotychczasowym podejściem Trybunału, jeżeli mamy do czynienia z prawdziwym środkiem prawa miękkiego, to w rzeczywistości nie ma w ogóle aktu zaskarżalnego. W praktyce taka (obiektywna) ocena poprzedza nawet wszelką ocenę (raczej subiektywnej) legitymacji procesowej danej osoby. W związku z tym, w pewnym sensie, jeśli nie ma aktu zaskarżalnego, *nikt* nie może domagać się kontroli takich środków na podstawie art. 263 TFUE.

117. Po drugie, w każdym razie, linia orzecznicza wywodząca się z wyroku TWD zwyczajnie nie miałaby zastosowania w rozpatrywanej sprawie, a w szerszej perspektywie niemal w żadnej sprawie dotyczącej środków prawa miękkiego.

118. Powód tego jest prosty. TWD i późniejsze wyroki przewidują wymóg, [by strona była] „bez wątpienia uprawniona" do wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE, aby zaistniała przeszkoda dla tego samego skarżącego w zakresie kontroli na podstawie art. 267 TFUE [66]. Nie można jednak stwierdzić, że zrzeszenie zawodowe, które chroni interesy swoich członków, takie jak FBF, byłyby bez wątpienia uprawnione do wniesienia skargi

[63] Wyroki: z dnia 9 marca 1994 r., TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90); z dnia 23 lutego 2006 r., Atzeni i in. (C-346/03 i C-529/03, EU:C:2006:130, pkt 31); z dnia 27 listopada 2012 r., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, pkt 41); z dnia 28 kwietnia 2016 r., Borealis Polyolefine i in. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14, od C-391/14 do C-393/14, EU:C:2016:311, pkt 46).

[64] Wyrok z dnia 25 lipca 2018 r., Georgsmarienhütte i in. (C-135/16, EU:C:2018:582).

[65] Jak wskazano powyżej w pkt 40–55 niniejszej opinii.

[66] Zobacz wyroki: z dnia 9 marca 1994 r., TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, pkt 24); z dnia 25 lipca 2018 r., Georgsmarienhütte i in. (C-135/16, EU:C:2018:582, pkt 17).

na podstawie art. 263 TFUE na niewiążące środki UE takie jak sporne wytyczne. W odniesieniu do środków prawa miękkiego należy bowiem zawsze w pierwszej kolejności ocenić, czy taki środek jest w istocie prawdziwym czy fałszywym niewiążącym aktem prawnym, co samo w sobie stanowi już dość złożoną ocenę. Następnie należałoby się zastanowić, czy [środek ten] miałby indywidualny i bezpośredni wpływ na to stowarzyszenie lub inny organ broniący interesów swoich członków, aby można było stwierdzić, że przysługuje mu legitymacja procesowa [67].

119. Wszystko to sprowadza się do złożonej w swojej strukturze oceny, która w znacznym stopniu różni się od logiki i celu wyjątku TWD [68]. Wyjątek ten musi być właściwie ograniczony do *oczywistej* dopuszczalności. Nie można rozszerzyć go tak, by obejmował *potencjalną* dopuszczalność, z rzeczywistą oceną warunków na podstawie art. 263 TFUE skutecznie włączoną do art. 267 TFUE, wraz z nałożeniem na sędziów krajowych obowiązku ich równoległego zbadania. Nie można go również odwrócić poprzez przekształcenie w *oczywistą niedopuszczalność*.

120. W świetle powyższego zgodnie z prawem Unii zrzeszenie zawodowe może z pewnością zakwestionować, poprzez podniesienie zarzutu nieważności, wytyczne UE adresowane do członków, których interesy chroni, nawet jeśli nie dotyczyły go bezpośrednio i indywidualnie. Kiedy i w jaki sposób może to ewentualnie uczynić na gruncie prawa krajowego i procedury krajowej, to już zupełnie inna kwestia do ustalenia przez sąd odsyłający.

2. Czy wyrok Foto-Frost ma zastosowanie do środków niewiążących?

121. Zanim przejdę do podniesionej przez sąd odsyłający ogólnej kwestii strukturalnej dotyczącej stopnia (braku) powiązań między art. 263 a 267 TFUE w odniesieniu do kontroli ważności środków prawa miękkiego, należy omówić jeszcze jeden element układanki: wyrok Foto-Frost.

122. Sąd odsyłający omówił wyrok Foto-Frost i jego wpływ na krajową kontrolę środków niewiążących w postanowieniu odsyłającym, mimo że nie doprowadził on do skierowania do Trybunału konkretnego pytania. Przedmiotowy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest bowiem wynikiem zastosowania przez sąd odsyłający obu wyroków, Grimaldi i Foto-Frost, w szczególnym kontekście środków niewiążących, w którym prawo krajowe zezwala na bezpośrednią kontrolę środków prawa miękkiego, podczas gdy prawo Unii na taką kontrolę nie zezwala. Czy w takiej sytuacji sądy krajowe mają *obowiązek* skierować do Trybunału pytanie w przedmiocie ważności spornych wytycznych, stosując wyrok Foto-Frost? Czy też należy to rozumieć jako zwykłą *możliwość*, jaką przewiduje linia orzecznicza wywodząca się z wyroku Grimaldi [69]?

[67] Aby zapoznać się ze sprawami ilustrującymi tę złożoność i różnorodność wyciągniętych wniosków, zob. na przykład wyroki: z dnia 16 marca 1978 r., Unicme i in./Rada (123/77, EU:C:1978:73); z dnia 25 lipca 2002 r., Unión de Pequeños Agricultores/Rada (C-50/00 P, EU:C:2002:462); z dnia 10 stycznia 2006 r., IATA i ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

[68] Zobacz w tym względzie opinia rzecznika generalnego M. Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Georgsmarienhütte i in. (C-135/16, EU:C:2018:120, pkt 40).

[69] Dla pełności wywodu można zauważyć, że gdyby Trybunał przyjął podejście, zgodnie z którym pytania w przedmiocie ważności prawa miękkiego na podstawie art. 267 TFUE są w rzeczywistości pytaniami o wykładnię „prawa macierzystego" (jak omówiono w pkt 98–103 powyżej), wówczas wyrok Foto-Frost logicznie rzecz biorąc nie miałby zastosowania do prawa miękkiego w żadnym wypadku. Oznaczałoby to jednak również częściowe uchylenie (lub, eufemistycznie rzecz ujmując, znaczne „warunkowanie") wyroku Grimaldi (pkt 107 niniejszej opinii).

123. W wyroku Foto-Frost stwierdzono, że sąd krajowy zobowiązany jest zwrócić się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym ważności środka prawa Unii, chyba że uzna, iż zarzuty podniesione na poparcie nieważności są bezzasadne [70]. Podane uzasadnienie tego obowiązku, które nie znajduje żadnego oparcia w treści traktatu [71], jest dwojakie: po pierwsze, jednolitość jest szczególnie istotna w przypadku kwestionowania ważności aktu UE, tak aby nie dochodziło do rozbieżności między sądami krajowymi w tym zakresie. Po drugie, spójność systemu ochrony sądowej i kompletnego unijnego systemu środków prawnych (w szczególności wyłączna właściwość Trybunału do stwierdzania nieważności środków UE) wymaga, aby w przypadku gdy ważność aktu UE jest kwestionowana przed sądem krajowym, uprawnienie do stwierdzenia nieważności tego aktu było zastrzeżone dla Trybunału [72].

124. W przeciwieństwie do Komisji nie rozumiem, w jaki sposób ta logika i dwa przedstawione powody miałyby mieć zastosowanie również do prawdziwych środków prawa miękkiego.

125. Po pierwsze, jeśli chodzi o wymóg *jednolitości*, prawdą jest, że zgodnie z określoną wykładnią właściwe organy krajowe, które postanowią zastosować się do spornych wytycznych, powinny to uczynić w ten sam sposób w całej Unii. W szczególności art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 1093/2010 upoważnia EUNB do przyjmowania takich wytycznych w celu „zapewnienia wspólnego, jednolitego i spójnego stosowania prawa Unii". Zasadniczo nie chodzi zatem o jednolitość w ramach Unii i rynku wewnętrznego jako całości, lecz o jednolitość w ramach poszczególnych i raczej przypadkowych klastrów normatywnych ograniczonych do państw członkowskich, których właściwe organy postanowiły przyjąć wytyczne.

126. Czy jednak celem wyroku Foto-Frost było osiągnięcie właśnie takiej jednolitości? Czy jednolitość ta powinna być również kategorycznie wymagana w odniesieniu do środków, w przypadku których z definicji jej brak, tak jak w przypadku środków, które jedynie *mogą* (a nie muszą) być stosowane? W szczególności w odniesieniu do wytycznych i zaleceń EUNB art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 1093/2010 wyraźnie stanowi, że właściwe organy krajowe mogą podjąć decyzję o niestosowaniu się do nich. Ponadto, jeżeli sąd krajowy zdecyduje, bez pomocy Trybunału, o stwierdzeniu nieważności krajowego środka wdrażającego niewiążący środek UE, będzie to miało w praktyce taki sam skutek, jak decyzja właściwego organu o niezastosowaniu się do niego.

127. Po drugie, argument wynikający ze *spójności systemu ochrony sądowej* i całego unijnego systemu środków prawnych jest być może jeszcze bardziej zastanawiający. W wyroku Foto-Frost Trybunał zasadniczo zasugerował, że obowiązek wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności jest uzasadniony faktem, że sam Trybunał przewiduje, w odniesieniu do środków prawa Unii, skuteczną kontrolę sądową, która jest porównywalna z kontrolą gwarantowaną przez sądy krajowe.

128. Obecnie jednak, na poziomie *horyzontalnym*, dostęp do kontroli niewiążących środków prawa Unii jest po prostu niemożliwy na mocy art. 263 TFUE, ponieważ nie mamy do czynienia z aktem zaskarżalnym, co oznacza, że skargi o stwierdzenie nieważności uznaje się za niedopuszczalne. Na poziomie *wertykalnym* brak równoważności w zakresie ochrony sądowej

[70] Wyroki: z dnia 22 października 1987 r., Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, pkt 14–20); z dnia 22 czerwca 2010 r., Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 54–56); z dnia 6 października 2015 r., Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, pkt 62); z dnia 28 marca 2017 r., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 78).

[71] Zobacz moja opinia w sprawie in Consorzio Italian Management (C-561/19, pkt 47, 48).

[72] Wyrok z dnia 22 października 1987 r., Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, pkt 15–17).

wydaje się jeszcze wyraźniejszy, gdy mamy do czynienia z (niektórymi) sądami krajowymi, takimi jak sąd krajowy w niniejszej sprawie, które w rzeczywistości zapewniają (pewną) skuteczną ochronę sądową w odniesieniu do środków niewiążących [73].

129. Spójność w odniesieniu do *skutecznej* ochrony sądowej wymaga zatem, w odniesieniu do niewiążących środków UE, dokładnie odwrotnego rezultatu: mianowicie, że wyrok Foto-Frost wyraźnie nie może mieć zastosowania do takich środków. Trudno mi dostrzec jakikolwiek sens argumentu, który zakłada, że ponieważ sądy UE nie zapewniają żadnej skutecznej ochrony przed prawdziwymi środkami prawa miękkiego, ta *nieistniejąca ochrona musi skupiać się* przed Trybunałem.

130. Jeżeli tak miałoby być, to uważam, że może to być jeden z rzadkich przypadków, w których swobodnie można zastosować art. 53 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą"). Moim zdaniem nie ma wątpliwości, że krajowy system prawny, który umożliwia jednostkom dostęp do skutecznej kontroli sądowej aktów niewiążących wpływających na ich sytuację prawną, w istocie zapewnia wysoki (wyższy) poziom ochrony sądowej w porównaniu z tym zapewnianym przez Trybunał Sprawiedliwości.

131. Podsumowując, uwzględniając logikę i cel wyroku Foto-Frost, nie ma on zastosowania do niewiążących środków UE. Oznacza to w praktyce, że sąd krajowy ma prawo stwierdzić nieważność – jeżeli jest do tego uprawniony na mocy prawa krajowego – krajowego środka „wprowadzającego" lub „wykonawczego", na podstawie którego unijny środek prawa miękkiego zyskał moc obowiązującą na terytorium krajowym, bez konieczności uprzedniego złożenia do Trybunału wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w tej sprawie. Podobnie, ustanowiony przez Trybunał w wyroku Melki i Abdeli [74] „paralelizm podstaw zaskarżenia", który nakłada obowiązek odesłania, nie ma zastosowania do niewiążących środków UE. Nie stoi to oczywiście na przeszkodzie złożeniu przez sądy krajowe wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni instrumentu niewiążącego lub jego prawa macierzystego. Jednakże logika centralizacji ważności zawarta w wyroku Foto-Frost po prostu nie ma zastosowania do niewiążących środków UE.

132. Taki wniosek może wydawać się radykalny, ale tylko dla tych, którzy wewnętrznie wierzą w coś innego niż to, co mówią na głos. Jeśli ktoś naprawdę wierzy, że unijne prawo miękkie nie jest wiążące i nie wywołuje żadnych skutków prawnych, to dlaczego miałby oburzać go pomysł, że sądy krajowe mogą robić, co chcą, z krajowymi środkami wykonującymi tego rodzaju zwykłe wytyczne? Kluczem jest tu spójność. Albo ktoś wierzy, że takie środki faktycznie wywołują jakieś skutki (ale w takim przypadku należałoby przyznać dostęp do sądów UE), albo wierzy, że nie ma żadnych skutków prawnych. Jednak wówczas pojawia się pytanie, dlaczego problemem miałoby być stwierdzenie ich nieważności przez sąd krajowy? W najlepszym przypadku sąd ten podejmuje całkowicie daremny wysiłek, zabijając coś, co zawsze było martwe.

[73] Zobacz na przykład wyroki Conseil d'État (rady państwa): z dnia 21 marca 2016 r., Société Fairvesta International GmhB i in. (nr 368082); z dnia 21 marca 2016 r., Société Numéricable (nr 390023). Aby zapoznać się z przykładami z innych krajowych systemów prawnych, zob. moja opinia w sprawie Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2017:959, pkt 84, 85).

[74] W wyroku z dnia 22 czerwca 2010 r., Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 55, 56) wyraźnie sformułowano konsekwencję obowiązku wynikającego z wyroku Foto-Frost poprzez stwierdzenie, że w przypadku gdy sąd krajowy rozpatruje skargę w przedmiocie ważności krajowego środka wykonawczego w odniesieniu do tych samych elementów, co w pierwotnym środku prawa Unii, sąd ten musi umożliwić Trybunałowi Sprawiedliwości odniesienie się do tych samych wątpliwości w odniesieniu do pierwotnego środka prawa Unii poprzez odesłanie w przedmiocie ważności tego środka.

133. Jedynym wariantem, który stwarza problem, jest ten sugerujący, że w odniesieniu do dostępu do sądów UE na mocy art. 263 TFUE dany akt nie wywołuje żadnych wiążących skutków prawnych, czego konsekwencją jest brak jakiegokolwiek dostępu do sądów UE. Kiedy jednak ta sama kwestia wchodzi w zakres art. 267 TFUE, ten sam akt zostaje w cudowny sposób wskrzeszony i zyskuje pełnię życia, powodując powstanie obowiązku z wyroku Foto-Frost. Bardzo niepokojący obraz wyłaniający się z takiego dysonansu jest taki, że charakter aktu prawa Unii zmieniałby się w zależności od tego, czy dotyczyłby on z jednej strony dostępu do Trybunału, czy z drugiej strony obowiązków sądów krajowych.

3. Dostęp do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE i dostęp na podstawie art. 263 TFUE: kompletny system środków prawnych? (części pierwsze pytań pierwszego i drugiego)

134. Ogólne, strukturalne pytanie, które zaczęło się częściowo wyłaniać w poprzednich częściach niniejszej sekcji, brzmi następująco: w jakim stopniu można twierdzić, że akt UE, który nie jest prawnie wiążący (a zatem nie podlega kontroli na podstawie art. 263 TFUE), mimo to może zostać poddany kontroli, a potencjalnie nawet uznany za nieważny na podstawie art. 267 TFUE? W istocie oba poprzednie punkty, a mianowicie kwestia wyjątku TWD, jak również logika leżąca u podstaw wyroku Foto-Frost, opierają się na założeniu, że w prawie Unii istnieje jeden system ochrony sądowej, który powinien funkcjonować jako całość.

135. Można jednak również podnieść szereg argumentów wskazujących na to, że pewien stopień rozdzielenia między tymi dwoma rodzajami postępowań jest rzeczywiście możliwy, w szczególności w odniesieniu do niewiążących środków prawa Unii.

136. Po pierwsze, istnieje już wyraźna różnica na poziomie tekstowym. Artykuł 263 akapit pierwszy TFUE ogranicza bowiem zakres stosowania tego postanowienia do aktów wywierających *skutki prawne* wobec osób trzecich, do których w orzecznictwie Trybunału dodano *wiążące* skutki prawne. Tylko takie akty są zaskarżalne w rozumieniu art. 263 TFUE[75]. Takiego ograniczenia nie ma natomiast ani w tekście art. 267 TFUE, ani w utrwalonym orzecznictwie dotyczącym zakresu jego stosowania. W istocie, jak wielokrotnie potwierdził Trybunał w swojej linii orzeczniczej wywodzącej się z wyroku Grimaldi, art. 267 TFUE przyznaje Trybunałowi właściwość do orzekania w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności i wykładni *wszystkich aktów* instytucji UE *bez żadnego wyjątku*[76].

137. Po drugie, choć Trybunał podkreślił kwestię spójności systemu, nalegał również na istnienie „kompletnego systemu środków prawnych" przewidzianych w prawie Unii. Według Trybunału w traktacie, w art. 263 i 277 z jednej strony oraz w art. 267 z drugiej, ustanowiono kompletny system środków prawnych i procedur zapewniający kontrolę legalności aktów Unii, powierzając ją sądom Unii[77]. Od czasu wyroku Unión de Pequeños Agricultores/Rada[78] „podejście oparte na kompletnym systemie środków prawnych" umożliwia skarżącym nieuprzywilejowanym

[75] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 13 października 2011 r., Deutsche Post i Niemcy/Komisja (C-463/10 P i C-475/10 P, EU:C:2011:656, pkt 36); z dnia 13 lutego 2014 r., Węgry/Komisja (C-31/13 P, EU:C:2014:70, pkt 54); z dnia 25 października 2017 r., Rumunia/Komisja (C-599/15 P, EU:C:2017:801, pkt 47); z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79, pkt 31); z dnia 26 marca 2019 r., Komisja/Włochy (C-621/16 P, ECLI:EU:C:2019:251, pkt 44).

[76] Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 8 powyżej.

[77] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 23 kwietnia 1986 r., Les Verts/Parlament (294/83, EU:C:1986:166, pkt 23); z dnia 3 października 2013 r., Inuit Tapiriit Kanatami i in./Parlament i Rada (C-583/11 P, EU:C:2013:625, pkt 92); z dnia 28 marca 2017 r., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 66).

[78] Wyrok z dnia 25 lipca 2002 r., Unión de Pequeños Agricultores/Rada (C-50/00 P, EU:C:2002:462, pkt 40).

wnoszenie skarg do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE, gdy nie mogli tego zrobić na podstawie art. 263 TFUE ze względu na wysoki próg, jaki stanowi warunek bezpośredniego i indywidualnego wpływu.

138. Innymi słowy, aby poszczególne postępowania były *kompletne*, muszą się *uzupełniać*. Jest to fundament, na którym opiera się znaczna część orzecznictwa w tej dziedzinie w ciągu ostatnich trzydziestu lat, od czasu gdy drzwi (w zakresie dostępu bezpośredniego) zostały (ponownie) zamknięte w wyroku Unión de Pequeños Agricultores. W ramach tej logiki warunki i dostęp na podstawie art. 263 i 267 TFUE uległy w rzeczywistości dokładnemu rozdzieleniu: stosunkowo ograniczony dostęp na mocy art. 263 TFUE miał być uzupełniony bardzo otwartym dostępem na mocy art. 267 TFUE, przy czym sędziowie krajowi faktycznie pełnią funkcję strażników tego dostępu.

139. W niniejszej sprawie to rząd francuski, ale także sąd odsyłający, obszernie cytują w tym zakresie orzecznictwo Trybunału opierające się na tej logice w celu ustalenia możliwości wystąpienia z wnioskami o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności niewiążących środków UE, gdy skargi o stwierdzenie nieważności nie są możliwe.

140. Po trzecie, ta komplementarność i wynikający z niej rozdział byłyby również konieczne do zapewnienia pewnego stopnia dostępu do skutecznego środka prawnego, który mógłby być zgodny z art. 47 karty. Sytuacja, w której środki prawa Unii mające wpływ na sytuację prawną jednostki nie mogły w ujęciu strukturalnym nigdy dotrzeć do Trybunału byłaby w istocie całkowicie niezgodna z surowymi wymogami, które Trybunał określił niedawno w kontekście tego postanowienia [79], a nawet w kontekście art. 19 TUE [80].

141. Takie rozdzielenie art. 263 i 267 TFUE w odniesieniu do kontroli niewiążących środków UE nie jest jednak pozbawione wyzwań intelektualnych, a niektóre z nich są dość uciążliwe pod względem strukturalnym.

142. Po pierwsze, na poziomie pojęciowym trudno jest zrozumieć, biorąc pod uwagę *charakter* niewiążących środków UE, w jaki sposób wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności niewiążących środków UE może być dopuszczony, podczas gdy nie może być dopuszczona skarga o stwierdzenie nieważności. Akt, który nie może zostać zaskarżony przez żadnego skarżącego na podstawie art. 263 TFUE, nagle staje się aktem zaskarżalnym dla wszystkich na podstawie art. 267 TFUE.

143. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, odesłania prejudycjalne w zakresie oceny ważności środka są – podobnie jak skarga o stwierdzenie nieważności – instrumentem kontroli legalności aktów wydawanych przez instytucje Unii [81]. Chociaż ich rezultaty, w przypadku stwierdzenia niezgodności spornego środka UE z wyższym prawem Unii, są nieco odmienne pod względem formalnym (mianowicie stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE

[79] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 43–59); z dnia 29 lipca 2019 r., Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626).

[80] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 29–40); z dnia 24 czerwca 2019 r., Komisja/Polska (Niezależność Sądu Najwyższego) (C-619/18, EU:C:2019:531); z dnia 19 listopada 2019 r., A.K. i in. (Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego) (C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982, pkt 82–86).

[81] Zobacz na przykład wyrok z dnia 28 marca 2017 r., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, pkt 68 i przytoczone tam orzecznictwo).

w przeciwieństwie do uznania za nieważne na podstawie art. 267 TFUE), mają one te same skutki prawne erga omnes i ogólnie ex tunc: sporny akt UE musi zostać uznany za nieważny i nie może być dłużej stosowany [82].

144. Zatem, zgodnie z logiką, albo (i) akty UE są wiążące i w związku z tym można stwierdzić ich nieważność lub uznać je za nieważne na mocy art. 263 TFUE *lub* art. 267 TFUE, albo (ii) *nie* są wiążące, a więc *nie* podlegają kontroli, a tym bardziej nie można uznać ich za nieważne na mocy *zarówno* art. 263, jak i 267 TFUE.

145. Po drugie, w braku jakiegokolwiek aktu prawnego, który należałoby poddać kontroli, nie jest całkiem oczywiste, dlaczego logika leżąca u podstaw „kompletnego systemu środków prawnych" miałaby również mieć zastosowanie. Orzecznictwo Trybunału w tym zakresie jest w istocie narzędziem służącym do przezwyciężenia braku (*subiektywnej*) indywidualnej legitymacji procesowej w jednym postępowaniu (art. 263 TFUE) poprzez wskazanie, gdzie warunek ten nie występuje w innym postępowaniu (art. 267 TFUE). Celem była próba przywrócenia swego rodzaju równowagi między uprzywilejowanymi i nieuprzywilejowanymi skarżącymi. Nie jest to tak naprawdę narzędzie umożliwiające stworzenie dostępu do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE, gdy dostęp ten jest zamknięty dla wszystkich, w tym uprzywilejowanych skarżących, na mocy art. 263 TFUE.

146. Ponadto takie postępowanie obróciłoby wspak rozróżnienie – które stanowiło podstawę wielu orzeczeń wydanych na podstawie art. 263 TFUE, ale nie występuje w art. 267 TFUE – między uprzywilejowanymi a nieuprzywilejowanymi skarżącymi w odniesieniu do kontroli niewiążących środków UE. O ile w wyroku Belgia/Komisja uprzywilejowanemu skarżącemu (państwu członkowskiemu) odmówiono możliwości zaskarżenia niewiążącego środka UE w odniesieniu do kwestii braku kompetencji UE do przyjęcia takiego środka [83], o tyle ten sam zarzut byłby dostępny dla każdego indywidualnego skarżącego, bez konieczności wykazania bezpośredniego i indywidualnego wpływu, na podstawie art. 267 TFUE.

147. Praktycznie rzecz biorąc, wszystko to oznaczałoby zatem, że w celu ubiegania się o kontrolę niewiążącego środka UE uprzywilejowani skarżący znaleźliby się w takiej samej, a czasem nawet gorszej, sytuacji, jak indywidualne strony procesowe. Na przykład państwo członkowskie musiałoby pośrednio zakwestionować wdrożenie (przypuszczalnie własnego) środka krajowego przed sądem krajowym. Ewentualnie, ponieważ nie jest jasne, czy krajowe przepisy proceduralne w ogóle dopuszczają tego rodzaju środek zaskarżenia, organy państw członkowskich musiałyby trzymać kciuki za taki obrót sprawy, zgodnie z którym: a) indywidualny skarżący zaskarży środek wykonawczy; b) sąd krajowy zezwoli władzom państwowym na udział w postępowaniu głównym w charakterze interwenienta; c) sąd ten zwróci się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (w przedmiocie wykładni lub ważności), tak aby władze państwowe mogły ostatecznie przedstawić swoją sprawę przed Trybunałem. Sytuacja byłaby jeszcze bardziej osobliwa w odniesieniu do innego rodzaju uprzywilejowanego skarżącego, a mianowicie instytucji UE.

148. Wreszcie, po trzecie, istnieje również inny, raczej pragmatyczny argument przemawiający za tym, że zasadność opowiadania się za szerokim dostępem do kontroli sądowej środków niewiążących na podstawie art. 267 TFUE, podczas gdy dostęp na podstawie art. 263 TFUE

[82] Zobacz na przykład w tym względzie wyroki: z dnia 26 kwietnia 1994 r., Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, pkt 17); z dnia 5 października 2004 r., Komisja/Grecja (C-475/01, EU:C:2004:585, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 6 października 2015 r., Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, pkt 52).

[83] Zobacz w szczególności pierwszy zarzut odwołania (wyrok z dnia 20 lutego 2018 r., Belgia/Komisja (C-16/16 P, EU:C:2018:79, pkt 39).

pozostaje faktycznie zamknięty, jest ograniczona: chodzi o rozsądny przydział spraw w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Argument ten nie jest specyficzny dla prawa miękkiego, lecz ma raczej ogólny charakter w odniesieniu do polityki sądowej ostatnich trzydziestu lat, polegającej na szeroko zakrojonym ograniczaniu dostępu na podstawie art. 263 TFUE, przy jednoczesnym umożliwianiu nieograniczonego dostępu na podstawie art. 267 TFUE [84]. Wskutek tej polityki sądowej sprawy, które w przeciwnym razie byłyby rozpatrywane na poziomie systemu sądowniczego, obecnie charakteryzującego się odpowiednią wiedzą fachową, jak i zdolnością sądowniczą, czyli w Sądzie, zamiast tego trafiały bezpośrednio do Trybunału w drodze wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

4. Niesatysfakcjonujące (pod względem strukturalnym) (ale konieczne) wnioski

149. Grimaldi, Foto-Frost i Belgia/Komisja. Moim zdaniem dość trudne, a raczej niemożliwe, jest jednoczesne zastosowanie wszystkich tych trzech wyroków w kontekście sprawy takiej jak niniejsza. Zastanawianie się nad tym, jak pogodzić wszystkie trzy wyroki w odniesieniu do niewiążących środków UE, przypomina partię szachów w impasie, w której, niezależnie od posunięcia, na które się zdecydujemy, rezultatem jest nieuchronna strata co najmniej jednej figury.

150. W moim przekonaniu zupełnie jasne jest, który z tych trzech wyroków wymaga zmiany. Nie można tego jednak uczynić w drodze orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Moim zdaniem przedmiotowy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym służy jedynie podkreśleniu, jako bardzo użyteczny przykład, co się stanie, jeżeli Trybunał nadal tkwić będzie w pułapce trwających od dziesięcioleci dychotomii postrzegania prawa jako albo w 100% wiążącego, albo nieistniejącego. W końcu ktoś inny może poczuć się zobowiązany, by wkroczyć i zapewnić niezbędną ochronę prawną, której Trybunał nie jest skłonny udzielić na mocy art. 263 TFUE.

151. Jednakże w odniesieniu do konkretnego rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie Trybunał ma, przynajmniej teoretycznie, trzy możliwości.

152. Po pierwsze, może on powielić wymóg istnienia prawnie wiążącego aktu prawa Unii (czyli aktu zaskarżalnego) w pierwszej kolejności z art. 263 TFUE w ramach możliwości złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności na podstawie art. 267 TFUE. W takim wypadku Trybunał nie uwzględniłby jednak brzmienia art. 267 akapit pierwszy TFUE, uchylając wyrok Grimaldi i wyraźnie stwierdzając, że wyrok Foto-Frost nie ma zastosowania do takich nie-aktów. Ponadto należy wspomnieć o wymogu „spójności" środków prawnych, prowadzącym do sytuacji, w której wskutek działania w interesie owej spójności brak jest jakiegokolwiek środka prawnego. Jednakże, formalnie rzecz biorąc, traktowanie wszystkich jednakowo źle jest rzeczywiście, w pewnym sensie, spójne.

153. Po drugie, Trybunał mógłby przeformułować trzecie pytanie sądu odsyłającego w ten sposób, że w istocie dotyczyłoby wykładni podstawy prawnej spornych wytycznych, a nie ich ważności [85]. Oznaczałoby to częściowe uchylenie wyroku Grimaldi, chyba że dałoby się to umieścić w ramach „wyjaśnienia" tego wyroku: o ile w wyroku Grimaldi i całym późniejszym orzecznictwie

[84] Zobacz ogólnie moja opinia z dnia 16 lipca 2020 r., Région de Bruxelles-Capitale/Komisja (C-352/19 P, ECLI:EU:C:2020:588, pkt 142).

[85] Jak zasugerowano powyżej (pkt 102–108 niniejszej opinii), Trybunał mógłby położyć nacisk na formalną okoliczność, że pytanie trzecie sądu odsyłającego, w jego dokładnym brzmieniu, można rozumieć jako pytanie o wykładnię. Oznacza to jednak również zaakceptowanie faktu, że to do sądu krajowego będzie należało wyciągnięcie ostatecznych konsekwencji ze stwierdzenia przekroczenia uprawnień przez organ UE.

nalegano, aby pytania w przedmiocie ważności były możliwe w odniesieniu do „wszystkich aktów prawa Unii bez żadnego wyjątku", zawsze rozumiano, że w rzeczywistości chodziło o „wszystkie *prawnie wiążące* akty prawa Unii bez żadnego wyjątku"[86]. W związku z tym wyrok Foto-Frost również nie miałby zastosowania do takich aktów.

154. Po trzecie, jeśli Trybunał uznałby, że EUNB przekroczył swoje kompetencje, mógłby oczywiście uznać sporne wytyczne za nieważne. Byłoby to równoznaczne z utrzymaniem i zastosowaniem wyroku Grimaldi, ale pośrednio ze zmianą wyroku Belgia/Komisja. Oczywiście, formalnie rzecz biorąc, ten ostatni precedens i wcześniejsza linia orzecznicza, którą ugruntował on w odniesieniu do charakteru aktu zaskarżalnego na mocy art. 263 TFUE, pozostałyby nienaruszone. Niemniej jednak ze wszystkich powodów wymienionych w poprzedniej sekcji, dotyczących stopnia możliwego dysonansu między art. 263 a 267 TFUE[87], zastanawiam się, jak długo można by rozsądnie utrzymać to rozróżnienie.

155. Wobec powyższego, nawet pomimo tych wszystkich kwestii, *pod warunkiem że* nie istnieje skuteczna ochrona prawna przed potencjalnie szkodliwymi skutkami prawnymi niewiążących środków UE na podstawie art. 263 TFUE, złożenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności na podstawie art. 267 TFUE w odniesieniu do tych samych aktów pozostaje dla Trybunału jedynym sposobem na zapewnienie przynajmniej pozornie kompletnego systemu środków prawnych przewidzianego w prawie Unii. Jest to w istocie strukturalnie niezadowalający, ale jedyny możliwy wniosek w zakresie skutecznej ochrony prawnej.

V. Wnioski

156. Proponuję, aby na pytania prejudycjalne skierowane przez Conseil d'État (radę państwa, Francja) Trybunał odpowiedział w sposób następujący:

– artykuł 267 TFUE dopuszcza złożenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie oceny ważności niewiążących aktów UE, takich jak wytyczne dotyczące zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej, które zostały przyjęte przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego w dniu 22 marca 2016 r.;

– artykuł 267 TFUE nie stoi na przeszkodzie temu, by zrzeszenie zawodowe, w drodze zarzutu niezgodności z prawem wniesionego do sądu krajowego zgodnie z zasadami legitymacji procesowej przewidzianymi w prawie krajowym, zakwestionowało wytyczne skierowane do członków, których interesów broni, a które mogą nie dotyczyć go bezpośrednio i indywidualnie;

– wytyczne dotyczące zasad nadzoru nad produktami i ustaleń zarządczych dla produktów bankowości detalicznej, przyjęte przez Europejski Urząd Nadzoru Bankowego w dniu 22 marca 2016 r., są nieważne w zakresie, w jakim ich przedmiot i treść nie są objęte zakresem aktów ustawodawczych, o których mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), zmiany decyzji nr 716/2009/WE oraz uchylenia decyzji Komisji 2009/78/WE.

[86] Zobacz jednak ponownie wyrok z dnia 25 marca 2021 r., *Balgarska Narodna Banka* (C-501/18, EU:C:2021:249, pkt 83).

[87] Zobacz powyżej pkt 135–148 niniejszej opinii.