Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 15. april 2021 [1]

Sag C-911/19

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig))

»Præjudiciel forelæggelse – banklovgivning – Den Europæiske Banktilsynsmyndigheds retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter – soft law – ikke-bindende EU-foranstaltninger med retsvirkning – medlemsstaternes gennemførelse – domstolsprøvelse – sammenhængen mellem artikel 263 TEUF og artikel 267 TEUF – Den Europæiske Banktilsynsmyndigheds manglende kompetence«

I. Indledning

1. En linje i *Game of Thrones* lyder: »Det, der er dødt, kan aldrig dø.« Derfor er det altså sådan – bortset muligvis for så vidt angår White Walkers – at det, der er dødt, heller ikke kan slås ihjel. Men kan noget, der aldrig har været i live (eller rettere som aldrig blev til virkelighed som en retligt bindende EU-retsakt), annulleres (eller rettere erklæres ugyldigt) af Domstolen på grundlag af en præjudiciel afgørelse? Subsidiært ønskes oplyst, om Domstolen kan give en (bindende) fortolkning af en ikke-bindende EU-foranstaltning.

2. I 2017 udstedte Den Europæiske Banktilsynsmyndighed (herefter »EBA«) retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter [2]. Efterfølgende offentliggjorde den franske Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (tilsyns- og afviklingsmyndigheden, Frankrig, herefter »APCR«) i en meddelelse, at den ville efterleve disse retningslinjer og lade dem finde anvendelse på alle finansielle institutioner under [EBA's] tilsyn. Fédération bancaire française (den franske banksammenslutning) har ved den forelæggende ret nedlagt påstand om annullering af meddelelsen og gjort gældende, at EBA ikke havde beføjelse til at vedtage de pågældende retningslinjer.

3. Den foreliggende sag har flere lag. For det første er der spørgsmålet, om EBA med vedtagelsen af de anfægtede retningslinjer overskred sine beføjelser i henhold til forordning (EU) nr. 1093/2010 [3]. Uanset hvor komplekst det end måtte være at navigere gennem afledt ret af relativ teknisk karakter, er dette i realiteten det mindst komplekse spørgsmål.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Retningslinjer af 22.3.2016 (EBA/GL/2015/18).

3 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 24.11.2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/78/EF (EUT 2010, L 331, s. 12).

4. Det langt mere komplicerede spørgsmål opstår først senere: Hvilken konsekvens bør det have for en præjudiciel sag, hvis det vurderes, at der ikke er kompetence til at træffe afgørelse vedrørende en ikke-bindende foranstaltning (eller soft law)? Kan Domstolen erklære en ikke-bindende foranstaltning ugyldig? Kan der ud fra et systemisk synspunkt foretages en fuldstændig adskillelse mellem sager om ikke-bindende foranstaltninger i henhold til artikel 263 TEUF og i henhold til artikel 267 TEUF? Hvordan er det muligt at få Domstolens domme i Grimaldi-sagen [4], Foto-Frost-sagen [5] og sagen Belgien mod Kommissionen [6] til at harmonere i forhold til aktstykker, der er egentlig soft law? Kan ikke-bindende EU-foranstaltninger underlægges Domstolens prøvelse i henhold til artikel 267 TEUF, således som det følger af Grimaldi-dommen, selv om det ikke er muligt at foretage en (direkte) domstolsprøvelse i henhold til artikel 263 TEUF således som senest bekræftet i dommen Belgien mod Kommissionen?

5. Sidst, men ikke uvæsentligt, er alle disse spørgsmål stillet i en specifik sammenhæng, hvor national lovgivning til forskel fra på EU-plan er meget mere åben over for muligheden for direkte domstolsprøvelse af bestemmelser, der falder ind under soft law, herunder nationale retsakter, der »gennemfører« ikke-bindende EU-retsakter. Dette giver som sådan anledning til spørgsmålet, om de nationale retter i lyset af Foto-Frost-sagen også er forpligtede til at forelægge spørgsmål om gyldigheden af ikke-bindende EU-foranstaltninger, eller om en national ret af egen drift blot kan annullere den nationale gennemførelsesforanstaltning, eftersom det med sikkerhed er muligt at tilsidesætte det, der (reelt) ikke er bindende.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Forordning nr. 1093/2010

6. Artikel 1 i forordning nr. 1093/2010 opretter Den Europæiske Banktilsynsmyndighed. I den gældende version på det tidspunkt, hvor de anfægtede retningslinjer blev vedtaget, beskrev forordningen EBA's indsatsområde som følger:

»2. [EBA] handler inden for de beføjelser, som den tildeles ved denne forordning, og inden for rammerne af direktiv 2002/87/EF [7], direktiv 2009/110/EF [8], Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 [9], Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU [10], Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/49/EU [11], Europa-Parlamentets og Rådets forordning

4 – Dom af 13.12.1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646).

5 – Dom af 22.10.1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452).

6 – Dom af 20.2.2018, Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79).

7 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 16.12.2002 om supplerende tilsyn med kreditinstitutter, forsikringsselskaber og investeringsselskaber i et finansielt konglomerat og om ændring af Rådets direktiv 73/239/EØF, 79/267/EØF, 92/49/EØF, 92/96/EØF, 93/6/EØF og 93/22/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/78/EF og 2000/12/EF (EUT 2003, L 35, s. 1).

8 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/110/EF af 16.9.2009 om adgang til at optage og udøve virksomhed som udsteder af elektroniske penge og tilsyn med en sådan virksomhed, ændring af direktiv 2005/60/EF og 2006/48/EF og ophævelse af direktiv 2000/46/EF (EUT 2009, L 267, s. 7).

9 – Forordning af 26.6.2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (EU) nr. 648/2012 (EUT 2013, L 176, s. 1).

10 – Direktiv af 26.6.2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber, om ændring af direktiv 2002/87/EF og om ophævelse af direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF (EUT 2013, L 176, s. 338).

11 – Direktiv af 16.4.2014 om indskudsgarantiordninger (EUT 2014, L 173, s. 149).

(EU) 2015/847 [12], Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 [13], og i det omfang disse retsakter finder anvendelse på kredit- og finansieringsinstitutter og de kompetente myndigheder, der fører tilsyn med dem, de relevante dele af direktiv 2002/65/EF [14] og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/849 [15], herunder alle direktiver, forordninger og afgørelser, der er baseret på disse retsakter, samt eventuelle yderligere retligt bindende EU-retsakter, hvorved [EBA] pålægges opgaver. [EBA] handler også i overensstemmelse med Rådets forordning (EU) nr. 1024/2013 [16].

3. [EBA] handler også på kreditinstitutters, finansielle konglomeraters, investeringsselskabers, betalingsinstitutters og e-penge-institutters aktivitetsområder i forbindelse med spørgsmål, der ikke er direkte omfattet af de i stk. 2 nævnte retsakter, herunder i forbindelse med spørgsmål om selskabsstyring, revision og regnskabsaflæggelse, såfremt en sådan indsats fra [EBA's] side er nødvendig for at sikre en effektiv og konsekvent anvendelse af disse retsakter.

[…]

5. Formålet med [EBA] er at beskytte offentlige interesser ved at bidrage til det finansielle systems stabilitet og effektivitet på kort, mellemlang og lang sigt af hensyn til Unionens økonomi, dens borgere og virksomheder. [EBA] bidrager til:

a) at forbedre den måde, det indre marked fungerer på, bl.a. gennem et fornuftigt, effektivt og konsekvent niveau for regulering og tilsyn

b) at sikre de finansielle markeders integritet, gennemsigtighed, effektivitet og ordnede funktion

c) at styrke den internationale tilsynskoordinering

d) at undgå tilsynsarbitrage og fremme ensartede konkurrencevilkår

e) at sikre, at der føres tilstrækkeligt tilsyn med kreditrisici og andre risici, og at disse reguleres i tilstrækkeligt omfang, og

f) at øge forbrugerbeskyttelsen.

Med henblik herpå bidrager [EBA] til en konsekvent og effektiv anvendelse af de i stk. 2 nævnte retsakter, fremmer tilsynskonvergens, afgiver udtalelser til Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen og foretager økonomiske markedsanalyser for at fremme opfyldelsen af [EBA's] målsætninger.«

12 – Forordning af 20.5.2015 om oplysninger, der skal medsendes ved pengeoverførsler, og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1781/2006 (EUT 2015, L 141, s. 1).

13 – Direktiv af 25.11.2015 om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af direktiv 2002/65/EF, 2009/110/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 og om ophævelse af direktiv 2007/64/EF (EUT 2015, L 337, s. 35).

14 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 23.9.2002 om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser til forbrugerne og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF samt direktiv 97/7/EF og 98/27/EF (EFT 2002, L 271, s. 16).

15 – Direktiv af 20.5.2015 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme, om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 648/2012 og om ophævelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF samt Kommissionens direktiv 2006/70/EF (EUT 2015, L 141, s. 73).

16 – Forordning af 15.10.2013 om overdragelse af specifikke opgaver til Den Europæiske Centralbank i forbindelse med politikker vedrørende tilsyn med kreditinstitutter (EUT 2013, L 287, s. 63).

7. Det fremgår af denne forordnings artikel 8 med overskriften »[EBA's] opgaver og beføjelser«:

»1. [EBA] har følgende opgaver:

a) at bidrage til fastlæggelsen af fælles standarder og praksis af høj kvalitet for regulering og tilsynsførelse, navnlig ved at afgive udtalelser til EU-institutionerne og udarbejde retningslinjer, henstillinger og udkast til reguleringsmæssige og gennemførelsesmæssige tekniske standarder og andre foranstaltninger, der skal baseres på de i artikel 1, stk. 2, nævnte retsakter

[…]

b) at bidrage til den konsekvente anvendelse af juridisk bindende EU-retsakter, bl.a. ved at bidrage til en fælles tilsynskultur, sikre konsekvent og effektiv anvendelse af de i artikel 1, stk. 2, nævnte retsakter, undgå tilsynsarbitrage, mægle i og bilægge tvister mellem kompetente myndigheder, sikre effektivt og konsekvent tilsyn med finansielle institutioner og sikre tilsynskollegiers konsekvente funktion og gribe ind i bl.a. krisesituationer

[…]

2. Med henblik på udførelsen af opgaverne i stk. 1 har [EBA] de i denne forordning fastsatte beføjelser, herunder navnlig til:

[…]

c) at udstede retningslinjer og henstillinger, jf. artikel 16

[…]«

8. Artikel 9 i forordning nr. 1093/2010 med overskriften »Opgaver i forbindelse med forbrugerbeskyttelse og finansielle aktiviteter« har følgende ordlyd:

»1. [EBA] indtager en ledende rolle med hensyn til at fremme gennemsigtighed, enkelhed og retfærdighed på markedet for finansielle produkter eller tjenesteydelser på det indre marked, herunder ved:

a) at indsamle, analysere og rapportere om forbrugertendenser

b) at revidere og koordinere finansielle færdigheder og uddannelsesinitiativer fra de kompetente myndigheder

c) at udvikle uddannelsesstandarder for erhvervet og

d) at bidrage til udviklingen af fælles regler om videregivelse af oplysninger.

2. [EBA] overvåger nye og eksisterende finansielle aktiviteter og kan vedtage retningslinjer og henstillinger med henblik på at fremme markedernes sikkerhed og soliditet og konvergens med hensyn til reguleringspraksis.

[…]«

9. Følgende fremgår af forordningens artikel 16, der har overskriften »Retningslinjer og henstillinger«:

»1. [EBA] udsteder retningslinjer og henstillinger rettet til kompetente myndigheder eller finansielle institutioner med henblik på at fastlægge en konsekvent og effektiv tilsynspraksis i ESFS og sikre en fælles, ensartet og konsekvent anvendelse af EU-retten.

2. [EBA] gennemfører om nødvendigt åbne offentlige høringer om retningslinjer og henstillinger og foretager en analyse af de potentielle omkostninger og fordele herved. Disse høringer og analyser skal stå i forhold til omfanget, arten og virkningen af retningslinjerne eller henstillingerne. [EBA] anmoder, når det er relevant, også om en udtalelse eller rådgivning fra den i artikel 37 omhandlede interessentgruppe for banker.

3. De kompetente myndigheder og finansielle institutioner bestræber sig bedst muligt på at efterleve disse retningslinjer og henstillinger.

Senest to måneder efter udstedelsen af en retningslinje eller henstilling bekræfter hver enkelt kompetent myndighed, om den efterlever eller agter at efterleve denne retningslinje eller henstilling. Hvis en kompetent myndighed ikke efterlever eller ikke agter at efterleve den, underretter den [EBA] og angiver sin begrundelse herfor.

[EBA] offentliggør det faktum, at en kompetent myndighed ikke efterlever eller ikke agter at efterleve denne retningslinje eller henstilling. [EBA] kan også i hvert enkelt tilfælde beslutte, om den vil offentliggøre begrundelserne fra den kompetente myndighed for ikke at efterleve den retningslinje eller henstilling. Den kompetente myndighed modtager forudgående meddelelse om en sådan offentliggørelse.

Hvis det kræves i henhold til retningslinjen eller henstillingen, rapporterer alle finansielle institutioner på en klar og detaljeret måde, om de efterlever retningslinjen eller henstillingen.

[…]«

2. EBA's retningslinjer

10. Ifølge afsnit 1, punkt 1, i EBA's retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter indeholder »[d]ette dokument […] retningslinjer, der er udstedt i henhold til artikel 16 i forordning (EU) nr. 1093/2010. I henhold til artikel 16, stk. 3, i forordning (EU) nr. 1093/2010 skal de kompetente myndigheder og finansielle institutioner bestræbe sig på at efterleve disse retningslinjer bedst muligt.«

11. Følgende fremgår af punkt 2 i EBA's retningslinjer:

»Retningslinjerne afspejler EBA's syn på passende tilsynspraksis inden for det europæiske finanstilsynssystem eller på, hvordan EU-retten bør anvendes inden for et bestemt område. De kompetente myndigheder, som er omhandlet i artikel 4, stk. 2, i forordning (EU) nr. 1093/2010, og som er omfattet af retningslinjerne, bør efterleve disse ved i fornødent omfang at indarbejde dem i deres praksis (f.eks. ved at ændre deres retlige rammer eller deres tilsynsprocesser), også hvor retningslinjerne primært er rettet mod institutioner.«

12. Retningslinjernes punkt 3 med overskriften »Indberetningskrav« har følgende ordlyd:

»I henhold til artikel 16, stk. 3, i forordning (EU) nr. 1093/2010 skal de kompetente myndigheder senest den 23.05.2016 underrette EBA om, hvorvidt de efterlever eller agter at efterleve disse retningslinjer, eller begrunde en eventuel manglende efterlevelse. Hvis EBA ikke er blevet underrettet inden denne dato, anser EBA de kompetente myndigheder for ikke at efterleve retningslinjerne. […]«

13. Afsnit 2 i EBA's retningslinjer indledes med punkt 5, hvori formålet med retningslinjerne defineres:

»Disse retningslinjer vedrører udarbejdelse af produktudviklings- og produktstyringsprocesser for både produktudviklere og distributører som en integreret del af de generelle organisatoriske krav, der er knyttet til virksomheders interne kontrolsystemer. De henviser til interne processer, funktioner og strategier, der er rettet mod udformning og markedsføring af produkter og revision af dem i deres levetid. De fastlægger procedurer, som skal sikre, at målgruppens interesser, mål og karakteristika inddrages. Disse retningslinjer omhandler dog ikke spørgsmålet om, hvorvidt produkter egner sig til den enkelte forbruger.«

14. Punkt 6 anfører retningslinjernes anvendelsesområde:

»Disse retningslinjer finder anvendelse for udviklere og distributører af produkter, der tilbydes og sælges til forbrugere, og specificerer produktudviklings- og produktstyringsprocesser i relation til:

– artikel 74, stk. 1, i direktiv 2013/36/EU (»kapitalkravsdirektiv IV«), artikel 10, stk. 4, i direktiv 2007/64/EF [17] (»betalingstjenestedirektivet«) og artikel 3, stk. 1, i direktiv 2009/110/EF (»e-penge-direktivet«) sammenholdt med artikel 10, stk. 4, i betalingstjenestedirektivet, og

– artikel 7, stk. 1, i direktiv 2014/17/EU [18] (»direktivet om forbrugerkreditaftaler i forbindelse med fast ejendom til beboelse (realkreditdirektivet)«).«

15. Retningslinjernes punkt 7 har følgende ordlyd:

»De kompetente myndigheder kan have et ønske om at anvende retningslinjerne på andre enheder i deres jurisdiktioner, der ikke falder ind under ovennævnte lovgivningsmæssige retsakters anvendelsesområde, men som de kompetente myndigheder er tilsynsansvarlige for. De kompetente myndigheder kan navnlig have et ønske om at overveje at anvende disse retningslinjer på andre formidlere end kreditformidlere efter realkreditdirektivet såsom formidlere af forbrugerkreditter.«

16. Følgende fremgår af retningslinjernes punkt 8:

»De kompetente myndigheder kan have et ønske om at udvide de samme beskyttende foranstaltninger fastlagt i disse retningslinjer til at gælde for andre personer end forbrugere såsom mikrovirksomheder og små og mellemstore virksomheder (SMV'er).«

17. Følgende er fastsat i retningslinjernes punkt 11:

»Disse retningslinjer er rettet til de kompetente myndigheder, der er omhandlet i artikel 4, stk. 2, i forordning (EU) nr. 1093/2010, og de finansielle institutioner, der er omhandlet i artikel 4, stk. 1, i forordning (EU) nr. 1093/2010 (»EBA-forordningen«).«

17 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.11.2007 om betalingstjenester i det indre marked og om ændring af direktiv 97/7/EF, 2002/65/EF, 2005/60/EF og 2006/48/EF og om ophævelse af direktiv 97/5/EF (EUT 2007, L 319, s. 1).

18 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 4.2.2014 om forbrugerkreditaftaler i forbindelse med fast ejendom til beboelse og om ændring af direktiv 2008/48/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 (EUT 2014, L 60, s. 34).

18. De »indledende« afsnit 1-3 afsluttes med punkt 16, der har overskriften »Anvendelsesdato«. Det fremgår af dette punkt, at »[d]isse retningslinjer finder anvendelse fra den 3. januar 2017«.

19. De egentlige retningslinjer fremgår af følgende to afsnit: afsnit 4 om »produktudviklings- og produktstyringsprocesser for produktudviklere« og afsnit 5 om »produktudviklings- og produktstyringsprocesser for distributører«. Tilsammen indeholder de to afsnit 12 retningslinjer, hvoraf de fleste er underopdelt i yderligere regler.

B. National lovgivning

20. Den meddelelse, som APCR offentliggjorde den 8. september 2017 med overskriften »Retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter (POG) EBA/GL/2015/18«, lyder som følger:

»[ACPR] har erklæret, at den efterlevede Den Europæiske Banktilsynsmyndigheds retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter (EBA/GL/2015/18), der var vedlagt som bilag til den pågældende meddelelse.

Retningslinjerne finder anvendelse på kreditinstitutter, betalingsinstitutter og elektroniske pengeinstitutter under ACPR's tilsyn, som skal bestræbe sig på at efterleve dem bedst muligt og sikre i henhold til retningslinjernes punkt 14, at deres distributører overholder dem i overensstemmelse med artikel 16 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1093/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed.«

III. De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

21. Den 22. marts 2016 vedtog EBA med udgangspunkt i artikel 16 i forordning nr. 1093/2010 retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter. Retningslinjerne retter sig mod kompetente nationale myndigheder og finansielle institutioner.

22. Den 8. september 2017 offentliggjorde ACPR som den kompetente franske tilsynsmyndighed på området en meddelelse på sin hjemmeside. ACPR erklærede i denne meddelelse, at [EBA] efterlevede de pågældende retningslinjer. Meddelelsen præciserede ligeledes, at retningslinjerne fandt anvendelse på alle kreditinstitutter, betalingsinstitutter og elektroniske pengeinstitutter under [EBA's] tilsyn, og at de skulle bestræbe sig på at efterleve retningslinjerne bedst muligt og sikre, at deres distributører også efterlevede dem.

23. Den 8. november 2017 anlagde FBF sag ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig), der er den forelæggende ret, med påstand om annullering af ACPR's meddelelse. FBF har gjort gældende, at EBA's retningslinjer, der trådte i kraft ved meddelelsen, er ugyldige som følge af EBA's manglende kompetence til at udstede sådanne retningslinjer.

24. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt sagen vedrørende gyldigheden af de omtvistede retningslinjer kan antages til realitetsbehandling, og om sagens realitet.

25. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at vurderingen af, om anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrørende en sådan ugyldighedsindsigelse kan antages til realitetsbehandling, afhænger af, om de anfægtede retningslinjer kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF, og om en brancheforening som FBF kan anlægge et sådant søgsmål.

26. I forhold til dette anbringendes berettigelse har den forelæggende ret anført, at EBA's retningslinjer støtter ret på flere EU-retsakter, men at ingen af disse, bortset fra direktiv 2014/17, indeholder en udtrykkelig bestemmelse om forvaltningen af detailbankprodukter, som er det område, retningslinjerne dækker. Desuden indeholder ingen af disse lovgivningsmæssige retsakter en bestemmelse, der bemyndiger EBA til at udstede retningslinjer for forvaltningen af detailbankprodukter. Det følger dog af forordning nr. 1093/2010, at EBA bidrager til at sikre, at der føres tilstrækkeligt tilsyn med kreditrisici og andre risici, og at disse reguleres i tilstrækkeligt omfang, og til at øge kundebeskyttelsen. Det er netop opfyldelsen af disse formål, forvaltningen af detailbankprodukter er med til at fremme.

27. Det er ud fra disse faktiske og retlige forhold, at Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan retningslinjer udstedt af en europæisk tilsynsmyndighed være genstand for et annullationssøgsmål som omhandlet i bestemmelserne i artikel 263 [TEUF]? Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønskes det oplyst, om en brancheforening har ret til gennem annullationssøgsmål at få prøvet gyldigheden af retningslinjer, der er rettet til de medlemmer, hvis interesser den forsvarer, og som ikke vedrører denne forening hverken [umiddelbart] eller individuelt?

2) Såfremt et af de to spørgsmål i spørgsmål 1 besvares benægtende, ønskes det oplyst, om retningslinjer udstedt af en europæisk tilsynsmyndighed kan være genstand for en præjudiciel forelæggelse som omhandlet i bestemmelserne i artikel 267 [TEUF]? Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønskes det oplyst, om en brancheforening har ret til at gøre indsigelse imod samt få prøvet gyldigheden af retningslinjer, der er rettet til de medlemmer, hvis interesser den forsvarer, og som ikke vedrører denne forening hverken [umiddelbart] eller individuelt?

3) Såfremt den franske bank[sammenslutning] har ret til at gøre indsigelse imod og få prøvet de af Den Europæiske Banktilsynsmyndighed den 22. marts 2016 vedtagne retningslinjer, ønskes det oplyst, om denne myndighed ved at have udstedt disse retningslinjer har overskredet sin kompetence i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1093/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed)?«

28. FBF, ACPR, den franske og den polske regering, Europa-Kommissionen såvel som EBA har indgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af den polske regering afgav alle disse parter også mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 20. oktober 2020.

IV. Bedømmelse

29. Dette forslag til afgørelse er struktureret som følger: Jeg vil begynde med nogle indledende bemærkninger til den forelæggende rets spørgsmål og til de anfægtede retningslinjers (ikke-)bindende karakter (A). Jeg vil dernæst behandle spørgsmålene stillet af den forelæggende ret i omvendt rækkefølge, idet jeg vil begynde med det tredje spørgsmål for at afgøre, om de anfægtede retningslinjer reelt blev blevet vedtaget af EBA inden for rammerne af dennes beføjelser (B). Efter at have konkluderet, at EBA faktisk overskred sin kompetence, vil jeg vende mig mod det første og det andet spørgsmål samt en række andre forhold vedrørende det generelle forhold mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF i relation til ikke-bindende EU-foranstaltninger (C).

A. Indledende bemærkninger

1. En tilsyneladende enkel sag?

30. Set fra en bestemt synsvinkel er denne sag forholdsvis enkel. Hvis de forelagte spørgsmål blev betragtet isoleret fra den foreliggende sag og blev besvaret i den stillede rækkefølge, ville det ikke være så vanskeligt at besvare spørgsmålene.

31. Det første spørgsmål kan ikke antages til realitetsbehandling. Den foreliggende sag er blevet anlagt i forbindelse med en anmodning om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF. Inden for denne processuelle ramme er det fuldstændig hypotetisk at undersøge, om samme søgsmål eventuelt kunne anlægges som et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF. I tråd hermed er det ikke relevant for afgørelsen af den sag, der verserer ved den forelæggende ret, hvorvidt en brancheforening kan gøre indsigelse mod de anfægtede retningslinjer i forbindelse med den pågældende sag.

32. Det andet spørgsmål er ligeledes enkelt. Mens dette spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, kan svaret let udledes af den eksisterende retspraksis. Siden Grimaldi-dommen har Domstolen gentagne gange fremhævet, at artikel 267 TEUF tillægger Domstolen kompetence til »uden undtagelse« at afgøre præjudicielle spørgsmål om både gyldigheden og fortolkningen af retsakter fra Unionens institutioner[19]. Det er således tydeligt, at ikke-bindende EU-foranstaltninger kan gøres til genstand for en anmodning om en præjudiciel afgørelse om deres gyldighed[20].

33. Desuden er de fælles underspørgsmål til det første og det andet spørgsmål, der vedrører brancheorganisationers søgsmålskompetence, ikke relevante i den præjudicielle sag. Det tilkommer alene den nationale ret at afgøre, om en sag skal forelægges for Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF[21]. Ifølge Domstolen kan enhver part i forbindelse med en sag ved en national ret gøre gældende, at en EU-retsakt er ugyldig, og anmode denne nationale ret, som ikke selv har kompetence til at træffe afgørelse om den pågældende retsakts ugyldighed, om at forelægge dette spørgsmål for Domstolen ved en præjudiciel forelæggelse[22].

34. I øvrigt regulerer EU-retten imidlertid ikke, hvem der bør være part i sagen for den nationale ret. Hvis national lovgivning åbner mulighed for, at der kan fremsættes sådanne anbringender, har den nationale ret igen enekompetence til at afgøre, hvorvidt den finder det nødvendigt (eller er forpligtet til) at forelægge sagen for Domstolen. Spørgsmålet, hvorvidt FBF har søgsmålskompetence til at fremsætte indsigelse mod gyldigheden af en EU-foranstaltning ved en national ret, falder således ind under national ret.

35. Ved at besvare spørgsmålene i samme rækkefølge, som de er stillet, og ved at behandle de to første spørgsmål abstrakt og adskilt fra den foreliggende sags faktiske omstændigheder, kan man således let og umiddelbart nå frem til det tredje spørgsmål og fastslå, at spørgsmålet om EBA's beføjelse til at vedtage de anfægtede retningslinjer er det eneste reelle spørgsmål i den aktuelle sag.

19 – Jf. Grimaldi-dommen, præmis 8, dom af 13.6.2017, Florescu m.fl. (C-258/14, EU:C:2017:448, præmis 30), dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, præmis 44, og dom af 27.2.2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, præmis 44). Jf. også generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, punkt 95-102), der er en verserende sag vedrørende EBA's anbefalinger.

20 – Jf. vedrørende Unionens henstillinger Grimaldi-dommen, præmis 8-18, og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, præmis 44.

21 – Jf. eksempelvis dom af 18.7.2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

22 – Jf. f.eks. dom af 27.11.2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

36. Jeg mener alligevel ikke, at en sådan genvej er hensigtsmæssig. Det er nemlig først, når man forsøger at besvare det tredje spørgsmål og drage konsekvenserne heraf, at man fuldt ud forstår rækkevidden af det første og det andet spørgsmål, såfremt man ikke har en *abstrakt* tilgang til de sidstnævnte spørgsmål, men i stedet behandler dem *specifikt i sammenhæng med* den foreliggende sag.

37. Det er desuden tydeligt, at en så forenklet udlægning af de tre spørgsmål ikke ville yde den forelæggende ret fuld retfærdighed. Det fremgår faktisk tydeligt af forelæggelsesafgørelsen, især når den sammenholdes med den forklarende udtalelse i denne sag fra den refererende dommer ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager (Frankrig))[23], at den forelæggende domstol er opmærksom på Domstolens relevante praksis på området. Det fremgår af disse dokumenter, at den forelæggende ret reelt er i tvivl om, hvad netop denne retspraksis kan medføre i et konkret tilfælde som den verserende sag.

38. Det er især i denne sammenhæng, at den forelæggende ret er i tvivl om forholdet mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF i forbindelse med soft law, og navnlig i de situationer, hvor den nationale ret giver mulighed for en domstolsprøvelse af ikke-bindende *nationale* foranstaltninger, mens Domstolen i forbindelse med annullationssøgsmål ikke tillader en prøvelse af ikke-bindende EU-foranstaltninger. Denne problemstilling er kernen i spørgsmålet om paralleliteten (eller den manglende parallelitet) mellem de to typer sager, ikke mindst vedrørende brancheorganisationers retsstilling i de to typer sager. Denne problemstilling knytter sig således til et andet problem, som den forelæggende ret også har anført i sin forelæggelsesafgørelse vedrørende den omstændighed, at domstolsprøvelsen på nationalt og europæisk plan griber ind i hinanden i forbindelse med en præjudiciel sag: Er de nationale retter forpligtede til i henhold til Foto-Frost-dommen at forelægge Domstolen spørgsmål om gyldigheden af en ikke-bindende EU-foranstaltning i forbindelse med en domstolsprøvelse af en national foranstaltning, hvorved EU-foranstaltningen har fået virkning på nationalt plan over for individuelle modtagere?

39. På denne baggrund foretrækker jeg – i det omfang besvarelsen af det tredje spørgsmål i første omgang bidrager til at afklare de mere generelle problemer, der rejses i det første og det andet spørgsmål – at begynde med det tredje spørgsmål, inden jeg vender tilbage til disse strukturelle problemer. På denne måde er det konkrete eksempel med EBA's retningslinjer en tydelig illustration af den strukturelle problemstilling i forbindelse med Domstolens prøvelse af bestemmelser, der falder ind under soft law.

2. Er de anfægtede retningslinjer en (egentlig) ikke-bindende foranstaltning?

40. Inden jeg tager fat på det tredje spørgsmål er der dog en anden indledende problemstilling, der skal behandles først. Er de anfægtede retningslinjer en egentlig ikke-bindende foranstaltning, der *ikke* har bindende retsvirkning, således som alle sagens parter har gjort gældende? Det, der forekommer at være en banal udtalelse, er snarere et væsentligt udgangspunkt for nedenstående redegørelse. Denne problematik ligger nemlig skjult i første del af det første spørgsmål, eftersom bestemmelser, der *er egentlig* soft law, efter fast retspraksis er udelukket fra domstolsprøvelse i henhold til artikel 263 TEUF. Hvis en sådan retsakt derimod havde bindende retsvirkning (og således var »falsk« soft law), ville den kunne gøres til genstand for prøvelse i henhold til artikel 263 TEUF (i det mindste hvis sagsøgeren var umiddelbart og individuelt berørt af retsakten).

23 – Udtalelse af 4.12.2019 fra den refererende dommer Emilie Bokdam i sag nr. 415550, Fédération bancaire française (tilgængelig på https://www.conseil-etat.fr).

41. Det følger nemlig af fast retspraksis, at enhver bestemmelse, der er udstedt af institutionerne med den hensigt, at den skal have bindende retsvirkning, uanset form kan anses for at være en »anfægtelig retsakt« som omhandlet i artikel 263 TEUF. For at afgøre, om den anfægtede retsakt får bindende retsvirkning, er det nødvendigt at undersøge retsaktens indhold og vurdere disse virkninger ud fra objektive kriterier såsom retsaktens indhold og om nødvendigt tage højde for den sammenhæng, hvori den blev vedtaget, og de beføjelser, der er tillagt den institution, der vedtog retsakten [24].

42. Har de anfægtede retningslinjer bindende retsvirkning i henhold til dette klassiske kriterium?

43. På den ene side er det for det første korrekt, at de anfægtede retningslinjer er formuleret som ikke-bindende vilkår. De faktiske materielle retningslinjer, der er rettet mod produktudviklere og distributører af bankprodukter, som er omfattet af retningslinjernes §§ 4 og 5, anvender udtrykket »burde« i modsætning til formuleringer med »skal«. For det andet påhviler der ikke de kompetente myndigheder [25] en forpligtelse til at efterleve dem. Artikel 16, stk. 3, andet afsnit, i forordning nr. 1093/2010 pålægger den enkelte kompetente myndighed at bekræfte, om den efterlever eller agter at efterleve EBA's retningslinjer. Hvis en kompetent myndighed ikke efterlever eller ikke agter at efterleve retningslinjerne, skal EBA underrettes herom og med angivelse af begrundelsen herfor [26]. For det tredje kan argumentet i forbindelse med vurderingen af det pågældende agenturs kontekst og beføjelser kun give samme type cirkulære ræsonnement, som jeg allerede har beskrevet et andet sted [27]: i) Eftersom EBA med sikkerhed vidste, at dens retningslinjer ikke er bindende, ii) kan EBA derfor ikke have haft til hensigt at vedtage noget, der er bindende, og iii) det er derfor indlysende, at den instans, der vedtog retsakten, på ingen måde havde til hensigt at vedtage en bindende retsakt.

44. På dette grundlag kan det uden tvivl konkluderes, at de anfægtede retningslinjer ikke i sig selv har bindende retsvirkning.

45. For det andet indgår disse retningslinjer imidlertid i en sammenhæng med og er ledsaget af flere mekanismer, som kan gøre dem til retsakter, der med rimelighed kan opfattes således, at de pålægger en forpligtelse på modtagerne, når de læses i lyset af, at retsgrundlaget for retningslinjerne er forordning nr. 1093/2010.

46. I tråd med artikel 16, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 1093/2010 følger det for det første af de anfægtede retningslinjers afsnit 1, punkt 1, at de kompetente nationale myndigheder og finansielle institutioner skal »bestræbe sig på at efterleve disse retningslinjer bedst muligt«. Uden at foretage en nærmere undersøgelse af, hvad »bestræbe sig på« nøjagtigt og konkret indebærer, kan det antages, at de anfægtede retningslinjer ikke er vedtaget med den hensigt blot at blive tilsidesat af modtagerne, og slet ikke hvis »bestræbe sig på« er en pligt, de pålægges.

24 – Jf. f.eks. dom af 31.3.1971, Kommissionen mod Rådet (22/70, EU:C:1971:32, præmis 39 og 42), og af 25.10.2017, Rumænien mod Kommissionen (C-599/15 P, EU:C:2017:801, præmis 47-48), samt dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, præmis 31 og 32.

25 – Som defineret i artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010 (reelt set de nationale tilsynsmyndigheder).

26 – Det fremgår ikke desto mindre af retningslinjernes afsnit 1, punkt 3, at »[h]vis EBA ikke er blevet underrettet inden for to måneder, anser EBA de kompetente myndigheder for ikke at efterleve retningslinjerne«. Det er ret interessant på det begrebsmæssige plan at se, at et punkt i de ikke-bindende retningslinjer har til hensigt at ændre (eller fravige) en forpligtelse, der tydeligt er pålagt ved ordlyden af artikel 16, stk. 3, i forordning nr. 1093/2010. Eftersom punkt 3 i realiteten ikke pålægger nogen yderligere forpligtelse, men derimod lader denne forpligtelse ude af betragtning ved at antage, at der gælder en »silencio negativo«, indføres der dog teknisk set *ingen ny* retlig forpligtelse. Tilbage er der blot en normativ forvirring om, hvordan ikke-bindende retningslinjer kan ændre indholdet af en retlig forpligtelse, der følger af en forordning.

27 – Jf. mit forslag til afgørelse Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkt 76-79).

47. Hvem er for det andet rette modtager? Selv om de anfægtede retningslinjer i henhold til retningslinjernes punkt 11 formelt er rettet mod de kompetente myndigheder og mod finansielle institutioner [28], er det tydeligt, at det er de finansielle institutioner, der i sidste ende vil skulle overholde forpligtelserne, og at de som sådan er de reelle modtagere. Denne logik følger af indholdet af retningslinjernes afsnit 4 og 5, som udelukkende omhandler produktudviklere og distributører af bankprodukter.

48. Ud fra et systemisk synspunkt er der stor lighed mellem retningslinjerne og direktiver: Selv om de formelt er rettet mod medlemsstaten, har bestemmelserne på sigt til formål at regulere borgernes adfærd, idet borgerne ikke har andet valg end at følge bestemmelserne. De kompetente myndigheder er ikke de egentlige modtagere af disse forpligtelser. Deres opgave er blot at vælge til eller fra. Når denne afgørelse er truffet, ændres den oprindelige beskaffenhed som ikke-bindende dog til at være endog meget bindende, da den »nominelle modtager« (den kompetente tilsynsmyndighed) i virkeligheden bliver »håndhæveren«. De egentlige modtagere af retningslinjerne, de finansielle institutioner, har således kun meget begrænset eller slet intet valg i forhold til, om de vil overholde retningslinjerne.

49. I lyset af en samlet udlægning af de anfægtede retningslinjers punkt 6, 7 og 8 [29] er det desuden end ikke tydeligt, om en kompetent myndigheds formelle afgørelse om ikke at efterleve dem rent faktisk fritager de finansielle institutioner for at »bestræbe sig på at efterleve disse retningslinjer bedst muligt«. De kompetente myndigheders manglende overholdelse kan ligeledes kun betyde, at de ikke vil håndhæve disse retningslinjer uden at påvirke selve den forpligtelse, som de finansielle institutioner har. Retningslinjerne kan med andre ord have deres eget liv over for de finansielle institutioner uafhængigt af de kompetente myndigheders holdning.

50. Når de kompetente myndigheder beslutter at følge retningslinjerne, bliver finansielle institutioner i forhold til ovenstående punkt for det tredje faktisk bundet af de anfægtede retningslinjer på nationalt plan som følge af den kompetente myndigheds »gennemførelse« eller »inkorporering« af retningslinjerne. I den foreliggende sag har ACPR ved sin meddelelse om at ville efterleve de anfægtede retningslinjer *de facto* gjort indholdet af retningslinjerne obligatorisk for finansielle institutioner i Frankrig. Det er i denne forbindelse værd at fremhæve, at i modsætning til et direktiv, hvis indhold først skal omsættes til national lovgivning, blev retningslinjernes indhold gældende ved ACPR's meddelelse til alle »kreditinstitutter, betalingsinstitutter og elektroniske pengeinstitutter, der er under ACPR's tilsyn« [30].

51. Sidstnævnte punkt om den faktiske håndhævelse på nationalt plan bør forklares tydeligt. Når først den kompetente nationale myndighed har valgt til, skal det håndhæves, at man efterlever retningslinjerne i denne medlemsstat. Ifølge den refererende dommer i hovedsagen ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager (Frankrig)) kan manglende efterlevelse af retningslinjerne ikke *umiddelbart* føre til, at der idømmes en sanktion. Retningslinjernes indhold er dog udtryk for god praksis, som de finansielle institutioner bør følge. Hvis finansielle institutioner ikke følger god praksis, kan det for deres del anses for at være dårlig praksis. På dette grundlag kan ACPR udstede individuelle advarsler, og ved manglende overholdelse af en sådan advarsel risikerer den pågældende finansielle institution reelt set en disciplinærsag [31].

28 – Det følger af artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1093/2010, at EBA udsteder retningslinjer rettet mod de kompetente myndigheder *eller* finansielle institutioner.

29 – Eftersom det i de anfægtede retningslinjers punkt 7 præciseres, at de kompetente myndigheder »kan have et ønske om« at anvende retningslinjerne på andre enheder end produktudviklere og distributører af finansielle produkter i forhold til de deri nævnte lovgivningsmæssige retsakter, kan det antages, at retningslinjerne som standard finder anvendelse på sådanne enheder uafhængigt af de kompetente myndigheders holdning.

30 – Jf. punkt 20 ovenfor i dette forslag til afgørelse. Som det tydeligt fremgår af denne meddelelse, var de anfægtede retningslinjer blot »vedlagt« meddelelsen i uændret form.

31 – Jf. fra den refererende dommer Emilie Bokdams udtalelse, på s. 5 (jf. fodnote 23 ovenfor).

52. Jeg er i overensstemmelse med den klassiske definition af en EU-retsakt med retligt bindende virkning som omhandlet i artikel 263 TEUF kort sagt enig i, at det er sandsynligt, at retningslinjerne vil blive anset for at være egentlig ikke-bindende soft law, ikke mindst når de alene betragtes på et EU-retligt plan. Når kriteriet anvendes i tilfælde som den foreliggende sag, giver denne klassiske tilgang imidlertid ikke et særligt brugbart svar, men derimod en forholdsvis sigende beskrivelse af problemets beskaffenhed.

53. Det kriterium, hvorefter det skal afgøres, om en EU-retsakt kan gøres til genstand for prøvelse, bør have fokus på, om retsakten af en dens modtager med rimelighed kan opfattes som en tilskyndelse til eller endda som en faktisk håndhævelse af, at retningslinjerne skal efterleves. Resultatet bør vise muligheden for udsving, idet det dermed anerkendes, at der findes et kontinuum af retsvirkninger, men derefter bør der logisk set fokuseres nøjagtigt på den virkning, som den anfægtede retsakt har på modtagernes retsstilling. Hvis problemet skyldes en hybrid form for forvaltning, kan den afhjælpende foranstaltning også antage en hybrid form, der logisk set er tilpasset nøjagtig den type virkning, der er opstået og anses for at være problematisk. Som det for nyligt er dokumenteret i dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, fokuserer Domstolen dog fortsat på retsakten og dens ophavsmand, der er adskilt fra retsaktens og dens modtageres virkelige liv og dermed bevæger sig i en cirkel, hvorfor retsaktens beskaffenhed afgøres af ophavsmandens hensigt og omvendt. I sidste ende er kun en af de to resultater mulige i denne binære verden: Der vil enten være fuld retlig bindende virkning eller fuldstændig fravær af en sådan virkning.

54. Jeg ønsker ikke at gentage argumenter, som tidligere ikke har kunnet overbevise Domstolen [32]. Formålet er derimod at forklare, hvordan disse valg har haft betydning for den foreliggende sag. Den lovgivende og den dømmende magt i såvel Unionen som på nationalt plan er fælles fartøjer, i hvert fald i forbindelse med den præjudicielle sag. Denne omstændighed tilføjer et yderlige lag af kompleksitet til den foreliggende sag, der gør den klassiske tilgang med ene og alene at betragte den EU-retlige retsakt på EU-plan som problematisk: Hvad kan muligvis stadig fortolkes som soft law, når man alene betragter EBA, mens de kompetente nationale myndigheder ændrer sig til noget helt andet, der befinder sig på et andet niveau, der er et trin lavere og specifikt for den enkelte medlemsstat. På dette niveau er »soft law« »ikke længere helt så blød« og kan endda ændres til »hård lovgivning«. Det fremhæves, at EU-retten med sikkerhed ikke udelukker denne mulighed. Hele systemet har tværtimod netop til formål at fungere på denne måde.

55. Sammenfattende er retningslinjerne i forhold til de reelle modtagere i form af finansielle institutioner på nationalt plan tydeligvis langt mindre »bløde« end tilfældet ville have været, hvis fokus var på niveau, hvor de kompetente nationale myndigheders befinder sig. Henset til Domstolens standardtilgang over for EU-foranstaltninger uden bindende retsvirkning er det imidlertid usandsynligt, at de anfægtede retningslinjer af Domstolen vil blive anset for at være bindende og derfor kunne gøres til genstand for prøvelse i henhold til artikel 263 TEUF.

B. Tredje spørgsmål: Har EBA overskredet sin kompetence i henhold til forordning nr. 1093/2010?

56. Ifølge FBF regulerer de anfægtede retningslinjer produktforvaltningen. Retningslinjerne er frataget ethvert retsgrundlag, for så vidt som de ikke kan anses for at gennemføre de lovgivningsmæssige retsakter, der er nævnt i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010, eftersom sidstnævnte grundlæggende regulerer selskabsstyring. Med vedtagelsen af de anfægtede retningslinjer er det mere sandsynligt, at EBA har ladet sig inspirere af direktiv 2014/65/EU [33], der regulerer forvaltningen af finansielle produkter, og hvor begrebet »målgruppe« og sondringen mellem produktudviklere og distributører er central.

32 – I mit forslag til afgørelse Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

33 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.5.2014 om markeder for finansielle instrumenter og om ændring af direktiv 2002/92/EF og direktiv 2011/61/EU (EUT 2014, L 173, s. 349).

57. Kommissionen har i vidt omfang samme opfattelse som FBF. Kommissionen er dog af den opfattelse, at de anfægtede retningslinjer ikke falder fuldstændigt uden for EBA's kompetence i det omfang, de vedrører artikel 7, stk. 1, i direktiv 2014/17. Sidstnævnte åbner en mulighed for at sikre regulering af produktforvaltning, identificering af målgrupper og sondring mellem produktudviklere og distributører. Den resterende del af retningslinjerne falder imidlertid uden for EBA's kompetence og bør ifølge Kommissionen erklæres ugyldige.

58. ACPR, den franske og den polske regering samt EBA er af den modsatte opfattelse. Ifølge ACPR, den franske regering og EBA har EBA ret til at vedtage retningslinjer, der rækker ud over det snævre anvendelsesområde for lovgivningsmæssige retsakter, der er nævnt i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010, da artikel 1, stk. 3, udvider EBA's beføjelser til også at omfatte forhold, der ikke er omfattet af disse retsakter. Under alle omstændigheder er forvaltning af produkter og selskabsstyring indbyrdes forbundet, således at de anfægtede retningslinjer ikke kan anses for at falde uden for EBA's kompetence. Ifølge de samme intervenienter samt den polske regering er EBA's handlinger også lovlige, fordi forordning nr. 1093/2010 udtrykkeligt har til formål at give forbrugerbeskyttelse. EBA havde beføjelse til at vedtage de anfægtede retningslinjer i det omfang, de opfylder dette formål. Ifølge ACPR og EBA bør der således blot være tale om en *generel vurdering* af EBA's beføjelse til at vedtage retningslinjer. En sådan samlet vurdering ville føre til den konklusion, at EBA havde beføjelse til at udstede de anfægtede retningslinjer.

59. I de følgende afsnit vil jeg redegøre for min uenighed med de synspunkter, som ACPR, den franske og den polske regerings samt EBA har fremført. Selv om de anfægtede retningslinjer efter en generel vurdering i grove træk kan falde inden for rammerne af forordning nr. 1093/2010 (1), vil jeg forklare, hvorfor jeg ikke mener, at en sådan lemfældig eller mildere vurdering er berettiget i forbindelse med ikke-bindende foranstaltninger (2). I lyset af de anfægtede retningslinjers manglende forenelighed med forordning nr. 1093/2010 bliver besvarelsen af det sidste spørgsmål derfor formelt resultatet af en sådan vurdering (3).

1. De anfægtede retningslinjers forenelighed med forordning nr. 1093/2010 for så vidt angår EBA's kompetencer

60. De anfægtede retningslinjer omhandler indførelsen af forvaltning af detailbankprodukter. Retningslinjerne anbefaler især, at produktudviklere bør identificere de relevante målgrupper og sikre, at produkterne tilgodeser disse markeder [34]. Retningslinjerne anbefaler også test af produktet for at kunne vurdere, hvordan produktet vil påvirke forbrugerne i en lang række scenarier [35]. Endvidere bør produktudviklere udvælge distributører, der er hensigtsmæssige for den relevante målgruppe, og være i stand til at give forbrugerne relevant information, der forklarer produktets egenskaber og risici [36]. Distributører af bankprodukter bør for deres del give forbrugeren en beskrivelse af de pågældende produkters vigtigste træk og risici [37].

61. I overensstemmelse med afsnit 2, punkt 6, finder de anfægtede retningslinjer anvendelse på produktudviklere og distributører af produkter, der udbydes og sælges til forbrugerne i relation til fire specifikke lovgivningsmæssige retsakter, nemlig artikel 74, stk. 1, i direktiv 2013/36/EU, artikel 10, stk. 4, i direktiv 2007/64/EF, artikel 3, stk. 1, i direktiv 2009/110/EF og artikel 7, stk. 1, i direktiv 2014/17/EU. De kompetente myndigheder kan også »have et ønske om at anvende retningslinjerne på andre enheder i deres jurisdiktioner, der ikke falder ind under ovennævnte lovgivningsmæssige retsakters anvendelsesområde, men som de kompetente myndigheder er tilsynsansvarlige for« [38].

34 – Retningslinje 3.

35 – Retningslinje 4.

36 – Retningslinje 7 og 8.

37 – Retningslinje 12.

38 – Jf. de anfægtede retningslinjers punkt 7.

62. Det forekommer at være ganske tydeligt ved en sammenligning af det anvendelsesområde, der støttes ret på, og retningslinjernes egentlige indhold, således som det i det væsentlige er anført af FBF og Kommissionen, at de anfægtede retningslinjer i forhold til deres retsgrundlag går ud over, hvad forordning nr. 1093/2010 åbner mulighed for.

63. I henhold til artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1093/2010 udsteder »[EBA] […] retningslinjer og henstillinger rettet til kompetente myndigheder eller finansielle institutioner med henblik på at fastlægge en konsekvent og effektiv tilsynspraksis i ESFS og sikre en fælles, ensartet og konsekvent anvendelse af EU-retten«.

64. I henhold til artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010 handler EBA inden for de beføjelser, som [EBA] er tildelt ved denne forordning, *og* inden for rammerne af en række lovgivningsmæssige retsakter, der er fastlagt deri, *samt* eventuelle yderligere retligt bindende EU-retsakter, hvorved [EBA] pålægges opgaver. EBA handler i kraft af artikel 1, stk. 3, også på de forskellige finansielle institutioners aktivitetsområder, der er nævnt i denne bestemmelse, »i forbindelse med spørgsmål, der ikke er direkte omfattet af de i stk. 2 nævnte retsakter […], *såfremt* en sådan indsats fra [EBA's] side er *nødvendig* for at sikre en effektiv og konsekvent anvendelse af disse retsakter« [39].

65. Det fremgår ret tydeligt af denne formulering, at EBA uanset arten af den trufne foranstaltning kun handler inden for disse lovgivningsmæssige retsakters (materielle) grænser. En række andre bestemmelser i forordning nr. 1093/2010 vedrørende EBA's opgaver og beføjelser bekræfter også, at disse retsakter fungerer som EBA's ultimative horisont [40]. Det er således i lyset af disse retsakters indhold og rammer, at de anfægtede retningslinjer skal vurderes.

66. Hvad angår direktiv 2013/36, 2007/64 og 2009/110, som specifikt er nævnt i de anfægtede retningslinjer i forhold til retningslinjernes anvendelsesområde [41], fremgår det, at der i alle tilfælde er tale om lovgivningsmæssige retsakter, som artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010 henviser til [42]. EBA har således i princippet mulighed for at vedtage retningslinjer til at legemliggøre disse aktstykker.

67. Der er dog et tydeligt modsætningsforhold mellem disse retsakters formål og retningslinjernes formål. Mens retningslinjerne indeholder konkrete »regler« for forvaltning af produkter, vedrører retsakterne alle *selskabs*-styring ved bl.a. at fastsætte interne procedurer for finansielle institutioner, tydelige organisationsstrukturer med konsekvent ansvarsfordeling samt procedurer for risikostyring og kapitalkrav. Det er ikke tydeligt, hvordan retningslinjer for forvaltning af *produkter* bidrager til en effektiv og sammenhængende anvendelse af retsakter om *selskabs*styring, og slet ikke på kort sigt. Mens de sidstnævnte retsakter omhandler risici forbundet med dårlig selskabsstyring (dvs. et strukturelt problem), er hensigten med de anfægtede retningslinjer at regulere interne processer for forvaltning af produkter, der har indflydelse på kortsigtede resultater. Derfor er der forskel på arten (og omfanget) af den risiko, der reguleres på den ene side med de anfægtede retningslinjer og på den anden side med de lovgivningsmæssige retsakter, der er nævnt i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010.

68. Forskellen mellem *forvaltning af produkter* og *selskabsstyring* ud fra et reguleringsmæssigt aspekt er ikke blot akademisk. Et tilsvarende eksempel fra et andet område, såsom bilindustrien, kan bidrage til at illustrere forskellen. For at udøve god selskabsstyring skal bilfabrikanter anvende kontrolmekanismer i alle produktionsfaser, have en gennemsigtig organisationsstruktur, tydeligt kunne fastslå, hvem der er ansvarlig for hvad, have systemer for, hvordan eventuelle problemer løses, osv. Alle

39 – Min fremhævelse.

40 – Jf. i kapitel II og ikke-udtømmende artikel 8, stk. 1, litra a) og b), artikel 9, stk. 5, artikel 10, stk. 1, artikel 15, stk. 1, og artikel 17, stk. 1 og 6, i forordning nr. 1093/2010.

41 – Henholdsvis især artikel 74, stk. 1, artikel 10, stk. 4, og artikel 3, stk. 1, som anført i de anfægtede retningslinjers punkt 6.

42 – Den udgave af artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010, der finder anvendelse ratione temporis, nævner ikke direktiv 2010/64, men i stedet direktiv 2015/2366, eftersom sidstnævnte har erstattet førstnævnte.

disse regler beskriver en velfungerende virksomhed. Til forvaltning af produkter skal bilfabrikanter derimod kunne identificere de relevante målgrupper for nye biler, undersøge sammenhængen mellem en ny bilmodel og det eksisterende sortiment af biler og undersøge, om et for stort antal alternative muligheder inden for biler forhindrer forbrugeren i at træffe en beslutning på et oplyst grundlag. Sådanne »regler« har meget lidt at gøre med, hvordan virksomheden fungerer internt. Disse regler har til hensigt at regulere virksomhedens beslutningsproces i forhold til kvaliteten af de produkter, som kunderne tilbydes. Reglerne om selskabsstyring vedrører med andre ord kvaliteten af de interne procedurer og mekanismer, der skal sikre, at virksomheden er velfungerende. Reglerne om forvaltning af produkter vedrører grundlæggende de forretningsmæssige valg, der skal træffes ved salg af biler.

69. Jeg er desuden enig med FBF i, at disse retsakter har et andet formål end direktiv 2014/65, som specifikt og udtrykkeligt regulerer forvaltningen af finansielle produkter, der markedsføres af leverandører af investeringsydelser [43]. EBA kunne således ikke lovligt vedtage retningslinjer for forvaltning af bankprodukter.

70. Kommissionen – og i et vist omfang den forelæggende ret – har derimod anerkendt, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 2014/17, der også specifikt er nævnt i de anfægtede retningslinjers afsnit 2, punkt 6, ganske vist er knyttet til produkterne, bl.a. til kreditprodukter. Måske kan direktivet således, i hvert fald delvist, anvendes som rette retsgrundlag for de anfægtede retningslinjer.

71. Direktiv 2014/17 vedrører dog ikke forvaltning af produkter som omhandlet i de anfægtede retningslinjer. Det regulerer i stedet kreditgiveres adfærd i enkeltsituationer og metoden til at beslutte, hvorvidt der skal ydes kredit til en bestemt kunde. Desuden er det sådan, at selv om nogle få bestemmelser i direktiv 2014/17 bemyndiger EBA til at vedtage visse regler [44], vedrører ingen af disse bestemmelser specifikt reglerne for forvaltning af produkter, og de henviser heller ikke til vedtagelsen af retningslinjer for de pågældende områder.

72. Jeg har derfor nogle problemer med at fæste lid til direktiv 2014/17 i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om EBA's kompetence til at vedtage de anfægtede retningslinjer. Selv hvis direktiv 2014/17 faktisk reelt blev anerkendt som et egentligt retsgrundlag i den foreliggende sag, hvilket ikke er tilfældet, undrer jeg mig over, hvad det i praksis nøjagtigt vil føre til, at man opfylder et ud af fire mål. Kommissionens indlæg illustrerer denne problemstilling ganske godt.

73. Kommissionen har gjort gældende, at Domstolen bør finde de anfægtede retningslinjer ugyldige *i det omfang, de vedrører* i) artikel 10, stk. 4, i direktiv 2007/64, ii) artikel 3, stk. 1, i direktiv 2009/110 og iii) artikel 74, stk. 1, i direktiv 2013/36. Samtidig har Kommissionen også gjort gældende, at Domstolen bør fastslå, at de anfægtede retningslinjer er gyldige *i det omfang, de vedrører* artikel 7, stk. 1, i direktiv 2014/17 (eller rettere med en gengivelse af den fulde ordlyd af Kommissionens forslag, at gennemgangen af dette punkt ikke har afdækket noget, der kan rejse tvivl om gyldigheden af retningslinjerne).

74. Jeg må indrømme, at jeg har svært ved at forestille mig, hvad en sådan domskonklusion ville indebære i praksis. Ville den indebære, at retningslinjerne fortsat er »gyldige«, men at deres anvendelsesområde juridisk er begrænset til kun at omfatte forbrugerkreditaftaler i forbindelse med fast ejendom til beboelse? Ville retningslinjerne kun finde anvendelse på finansielle institutioner, når de specifikt udbyder sådanne produkter? Eller ville det på dette grundlag være nødvendigt at undersøge endnu flere detaljer og vurdere de enkelte retningslinjer en ad gangen?

43 – Som ikke er nævnt i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1093/2010, eftersom direktiv 2014/65 faktisk bemyndiger Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed (ESMA) og ikke EBA til at vedtage retningslinjer for forvaltningen af produkter. Jf. i denne henseende ESMA's retningslinjer af 5.2.2018 for kravene til produktstyring i MiFID II (ESMA35-43-620).

44 – Eksempelvis artikel 29, 34 og 37 i og bilag II til direktiv 2014/17.

75. I lyset af disse betragtninger forekommer den eneste fornuftige løsning at være, at retningslinjerne fastholdes eller kasseres i deres helhed. Efter min opfattelse falder de anfægtede retningslinjer i deres helhed hverken ind under de lovgivningsmæssige retsakter, der er nævnt i forordning nr. 1093/2010, eller under de retsakter, der overlader konkrete opgaver til EBA. EBA har således overskredet sin kompetence ved at vedtage retningslinjer, hvis formål ikke er omfattet af disse lovgivningsmæssige retsakter.

2. Hvor indgående skal prøvelsen af ikke-bindende EU-foranstaltninger være?

76. Hvis man anvendte en *sædvanlig form for prøvelse* i den foreliggende sag, ville man nå frem til ovenstående foreløbige konklusion. Ved »sædvanlig« mener jeg en domstolsprøvelse af samme type og med samme intense omfang som den, Domstolen almindeligvis udøver ved prøvelse af gyldigheden af foranstaltninger med bindende retsvirkning [45].

77. Det er dog relevant at spørge, om der i første omgang overhovedet skal foretages en sådan sædvanlig form for prøvelse af foranstaltninger, der tilsyneladende ikke har bindende retsvirkning. Hvis foranstaltninger ikke er bindende, hvorfor skal nogen, herunder Domstolen, da kort sagt bekymre sig om dem? Hvorfor er det nødvendigt at føre tilsyn med, hvorvidt et EU-organ holder sig inden for sit kompetenceområde, hvis ingen på nogen måde behøver være opmærksom på, hvad [EBA] udtaler? Disse betragtninger bør i det mindste i forhold til bestemmelser, der er egentlig soft law, føre til en mild prøvelse, hvis der overhovedet skal foretages en prøvelse.

78. Det er grundlæggende i tråd med den logik, som ACPR og EBA har gjort gældende under retsmødet, at omfanget af en prøvelse af ikke-bindende EU-foranstaltninger bør være mindre end ved en prøvelse af bindende retsakter, således at der ved ikke-bindende foranstaltninger kun foretages en *generel* vurdering. Der antydes med dette argument grundlæggende, at selv om ikke-bindende foranstaltninger strengt taget ikke kan indpasses som en del af EBA's kompetence, er det tilstrækkeligt til at fastslå lovligheden af EBA's retningslinjer, at de *i grove træk* kan henføres under dette område. Hvad angår kompetencefordeling har ophavsmænd til ikke-bindende foranstaltninger et vist råderum i stedet for at være pålagt snævre begrænsninger. I praksis vil en tilsidesættelse af sådanne foranstaltninger kun kunne ske, når foranstaltninger *åbenbart* falder uden for grænserne af de beføjelser, som ophavsmanden er tillagt.

79. Ud fra en bestemt synsvinkel er forvaltning af produkter måske ikke så forskellig fra selskabsstyring, hvis man betragter begge sammenhænge abstrakt og målrettet. Begge har indvirkning på det finansielle systems stabilitet. Som fremhævet af EBA under retsmødet er det overordnede formål med retningslinjerne at give anbefalinger til interne processer, der kan fjerne en uforholdsmæssig stor risiko, eftersom det var uforsvarlig risikotagning, der var årsagen til den finansielle krise i 2008. Det er sandsynligt, at effektiv produktovervågning og et effektivt system til at sikre, at finansielle produkter opfylder målgruppens krav, kan forbedre finansielle institutioners økonomiske resultater og mindske risikoen for konkurs.

45 – Jf. generelt vedrørende dokumentation for, at en domstolsprøvelse i henhold til artikel 263 TEUF kan variere i intensitet, f.eks. dom af 18.3.2014, Kommissionen mod Parlamentet og Rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, præmis 40), og af 30.4.2019, Italien mod Rådet (Tilladte fangstmængder for sværdfisk i Middelhavet) (C-611/17, EU:C:2019:332, præmis 57 og 120).

80. Endvidere vil EBA's retningslinjer, som det er gjort gældende af ACPR, den franske og den polske regering samt EBA, altid kunne anses for at falde ind under EBA's mandat, fordi forordning nr. 1093/2010 udtrykkeligt har fokus på forbrugerbeskyttelse. Forbrugerbeskyttelse er ganske vist et vigtigt formål med forordning nr. 1093/2010. Dette mål fremgår bl.a. af bestemmelserne i artikel 1, stk. 5, litra f)[46], og især i artikel 9, der vedrører »opgaver i forbindelse med forbrugerbeskyttelse og finansielle aktiviteter«. Dette omfattende formål kan eventuelt anvendes som begrundelse for EBA's handlinger på en lang række områder.

81. Jeg anerkender bestemt disse argumenter. Jeg kan dog ikke tilslutte mig dem, hverken i nærværende sag eller generelt.

82. Hvad angår de omhandlede retningslinjer mener jeg ikke, at man skal acceptere en gavmild, målrettet udlægning af rækkevidden af EBA's handlinger baseret på vagt definerede »overordnede mål« for at retfærdiggøre de anfægtede retningslinjer. En så omfattende regulering af EBA med udgangspunkt i bredt formulerede formålsbestemmelser er ikke holdbar i lyset af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1093/2010. I henhold til denne bestemmelse forekommer EBA's rolle at være forholdsvis afgrænset. EBA skal indsamle og analysere forbrugertendenser, revidere og koordinere uddannelsesinitiativer samt udvikle uddannelsesstandarder. Selv om oversigten ikke er udtømmende, afspejler den under overskriften »Forbrugerbeskyttelse«, at der forventes foranstaltninger og tiltag af meget forskellig art fra EBA's side.

83. Desuden er det naturligvis farligt at have en uforholdsmæssig stor risiko. Enhver forretningsmæssig beslutning indebærer dog en risiko. Den potentielle mulighed for, at sådanne risici kan blive til virkelighed, er ikke tilstrækkelig begrundelse for, at et EU-agentur skal have ret til at regulere dem alle, bl.a. ved hjælp af »simple« retningslinjer. Hvis forvaltningen af produkterne og selskabsstyring blev anset for at være flettet så meget sammen, at det kunne berettige EBA's handlinger i forhold til produktforvaltning på grundlag af lovgivningsmæssige retsakter vedrørende selskabsstyring, ville EBA følgelig have – måske ubegrænset – ret til at vedtage regler i en lang række situationer, der kun har meget lidt til fælles med selskabsstyring i ordets egentlige forstand. Bør EBA ikke også havde beføjelse til at begynde med at udstede retningslinjer for udvælgelse og forfremmelse af personale, valg af softwareleverandører, drift af servicetelefon eller processen i forbindelse med køb af møbler? Eller måske burde EBA ligeledes kunne regulere kravene til sikkerhedsbælter i firmabiler, som benyttes af den øverste ledelse i en finansiel institution. Hvis personer, der har afgørende indflydelse på den finansielle sektors stabilitet, ikke er tilstrækkeligt beskyttet ved biluheld, ville det på en måde også true den finansielle sektors stabilitet.

84. Desuden findes der generelt adskillige, forholdsvis tungtvejende argumenter for, hvorfor en domstolsprøvelse af ikke-bindende retsakter i henhold til artikel 267 TEUF (hvilket efter Domstolens opfattelse er tilfældet) bør være en almindelig, ordinær prøvelse.

85. Det ville for det første blot tilskynde til yderligere udbredelse af »kryptolove« i form af soft law i Unionen, hvis institutionerne og i videre omfang Unionens mange organer havde mulighed for at udstede foranstaltninger i form af »retligt ikke-bindende« regler med begrænset domstolskontrol (f.eks. uden kompetencekontrol). Som jeg forklarede i mit forslag til afgørelse i sagen Belgien mod Kommissionen[47], kan Unionens organer gennem soft law skabe parallelle regelsæt, der omgår lovgivningsprocessen, og som kan have indvirkning på den institutionelle ligevægt.

46 – Det skal nævnes, at der forekommer at være en vis afvigelse mellem den engelske version af artikel 1, stk. 5, litra f), som oprindeligt henviste til *kunde*-beskyttelse [*customer* protection], og de øvrige sprogversioner (f.eks. den franske, den tyske, den italienske, den spanske, den nederlandske og den tjekkiske version), der henviste til forbrugerbeskyttelse. Efter den seneste ændring ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/2175 af 18.12.2019 (EUT 2019, L 334. s. 1) af forordning (EU) nr. 1093/2010 har bestemmelsen nu ordlyden »at øge kunde- og forbrugerbeskyttelsen«. Jeg vil ikke at lægge vægt på denne forskel. Det er blot interessant at bemærke, hvordan man lovgivningsteknisk præciserer sproglige uoverensstemmelser ved at indarbejde alle afvigende begreber.

47 – C-16/16 P (EU:C:2017:959, punkt 93-95).

86. For det andet er det ikke blot den (horisontale) institutionelle ligevægt, der kan påvirkes af en sådan praksis, men først og fremmest den generelle legitimitet af underordnet lovgivning. Spredningen af EU-agenturer har givet anledning til bekymring om legitimiteten af udøvede administrative beføjelser, når disse er uddelegerede. Det er således nødvendigt at sikre, at beføjelser ikke fortsat kan udøves uden kontrol, selv ikke når der er tale om ikke-bindende EU-retsakter [48].

87. For det tredje virker disse argumenter særligt tiltrækkende i situationer, hvor der inden for en række nye politiske områder allerede findes en udpræget »undvigelsestendens til at anvende soft law«, hvor bankunionen og finanstilsynet er levende eksempler på dette fænomen. I denne sammenhæng er det temmelig paradoksalt, at selv om Lissabontraktaten endelig gav Domstolen fuld kompetence over for alle retsakter vedtaget af Unionens organer og institutioner ved at afskaffe søjlestrukturen – der i forhold til retsbeskyttelse var meget ufuldstændig [49] – oplever man nu, at samme problem begynder at gentage sig internt i Unionen, hvor Unionen, der på nogle områder foretager handlinger, der regulerer den enkelte borgers adfærd, på ny faktisk er udelukket fra enhver form for prøvelse, om end det denne gang er et valg truffet af Domstolen.

88. For det fjerde findes der et yderligere argument, der specifikt vedrører EU-agenturer i modsætning til EU-institutioner. Selv om alle Unionens organer ganske vist er underlagt princippet om tildelte kompetencer, er der en tendens til, at EU-agenturer får et specifikt og relativt snævert mandat. Ud over det forfatningsmæssige argument for, hvorfor der i denne struktur ikke blot er behov for mildere prøvelse, er der også et mere pragmatisk argument. Der er nemlig risiko for, at »huset med den bløde lovgivning bliver for trangt«. I det tilfælde, hvor flere agenturers eller organers mandat overlapper hinanden, og de derfor regulerer områder, der ligner hinanden eller er nært beslægtede (som det igen er tilfældet på bank- og finansområdet), vil en fortolkning af deres mandat på et relativt højt abstraktionsniveau og vedrørende opfyldelsen af abstrakte mål kun medføre, at der opstår overlappende aktstykker eller endda modstridende soft law.

89. Jeg anerkender gerne, at der er tale om et særligt tilfælde: Hvordan kan der pr. definition være *modstrid* mellem retligt ikke-bindende foranstaltninger? Hvis noget ikke er retligt bindende, kan der ikke være modstrid, fordi der ikke kan skabes en retlig forpligtelse. Hvilken modstrid som sådan kan der opstå?

90. Endelig er der for det femte det problem, at Domstolen tilsyneladende har afvist at anvende denne logik, hvilket senest blev bekræftet i dommen i sagen Belgien mod Kommissionen. I mit forslag til afgørelse i den sag [50] foreslog jeg faktisk muligheden for at støtte ret på den form for EU-retlig foranstaltning, som derefter ville afgøre, hvordan sagens indhold skulle undersøges. Hvis noget benævnes en »retningslinje«, vil det således ikke blive anset for at have nogen form for bindende retsvirkning, og alle har ret til fuldstændig at se bort fra retningslinjen, fordi det netop er en retningslinje.

91. Domstolen har imidlertid fastholdt den tidligere tilgang, hvorefter det først skal afgøres i hvert enkelt tilfælde og uafhængigt af retsaktens formelle betegnelse, om der er tale om »egentlig« eller »falsk« soft law [51]. Den nødvendige konsekvens af en sådan tilgang er dog, at det ikke kan udelukkes, om en foranstaltning rent faktisk giver anledning til en bindende retlig forpligtelse, før det er fastslået, om den pågældende foranstaltning er egentlig soft law. Det er derfor bestemt muligt, at modtagere af EU-regler af enhver art faktisk vil komme i en situation, hvor de ikke er i stand til at afgøre, hvad der formelt er bindende, og hvad angår deres materielle forpligtelser, hvilke af de potentielt modstridende retningslinjer de skal følge.

48 – Jf. i denne retning dom af 13.6.1958, Meroni mod Den Høje Myndighed (9/56, EU:C:1958:7), af 14.5.1981, Romano (98/80, EU:C:1981:104), og af 22.1.2014, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (C-270/12, EU:C:2014:18).

49 – Jf. endvidere mit forslag til afgørelse Ungarn mod Parlamentet (C-650/18, EU:C:2020:985, punkt 33-37).

50 – Forslag til afgørelse Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkt 144-171).

51 – Dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, præmis 29 og 32.

92. Jeg vender som den afsluttende illustration tilbage til det konkrete eksempel med EBA, hvoraf det fremgår, at EU-lovgiver selv er begyndt at anerkende, at der eventuelt kan opstå problemer, og har givet udtryk for villighed til at følge EBA's handlinger tættere. Forordning nr. 1093/2010 er ganske rigtigt blevet ændret i mellemtiden ved forordning 2019/2175. Efter denne ændring – og selv om den ikke finder tidsmæssig anvendelse på den foreliggende sag – følger det af artikel 60a i forordning nr. 1093/2010 med overskriften »[EBA's] overskridelse af kompetence«, at »[e]nhver fysisk eller juridisk person kan sende Kommissionen en begrundet meddelelse, hvis vedkommende er af den opfattelse, at [EBA] i forbindelse med sit virke i henhold til [artikel] 16 […] har overskredet sin kompetence […], og dette berører den pågældende person umiddelbart og individuelt« [52].

93. Også her er der i det hele i forhold til reel soft law tale om en ren slingrekurs. Der er i kapitel V i forordning nr. 1093/2010 med overskriften »Retsmidler« indsat en bestemmelse, der tager udgangspunkt i den antagelse, at EBA kan overskride sin kompetence ved udstedelsen af, hvad der burde være ikke-bindende retningslinjer og henstillinger i henhold til forordningens artikel 16, eller af ikke-bindende udtalelser i henhold til artikel 16a, således at der er brug for et retsmiddel. Uanset det systemiske rationale bag en sådan bestemmelse er det rimeligt at antage, at den ikke ville være blevet indføjet, hvis ikke EU-lovgiver var nået til den konklusion, at der måske var tale om et problem. Det eneste, der forbliver sikkert, er, at det næppe giver noget stort pres på Kommissionens postkasse, hvis en person som betingelse for reelt set at være berettiget til at skrive til Kommissionen skal være »individuelt og umiddelbart berørt« af den problematiske foranstaltning, og helt sikkert hvis inspirationen til fortolkningen af disse begreber skal findes i Domstolens faste praksis vedrørende artikel 263, stk. 4, TEUF.

94. I lyset af alle disse argumenter kan jeg ikke andet end konkludere, at det er ganske nødvendigt at undergive ikke-bindende retsakter vedtaget af EU-agenturer *almindelig* domstolsprøvelse, i det mindste af agenturernes kompetence, således at de ikke på ulovlig vis griber ind i andre EU-organers eller EU-institutioners kompetence.

3. Hvilken (formel) konklusion giver en sådan prøvelse?

95. Et endeligt spørgsmål i forbindelse med domstolsprøvelsen af en retligt ikke-bindende foranstaltning er, hvilken type konklusion der kan drages, når der er anmodet om en præjudiciel afgørelse om gyldigheden af en sådan foranstaltning. Hvad kan konklusionen være i en sag, hvor i) den anfægtede EU-retsakt ikke er retligt bindende og derfor ikke kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF og således ikke formelt kan annulleres i forbindelse med sagen, men ii) hvor udstedelsesmyndighedens manglende kompetence er blevet fastslået af Domstolen efter anmodning om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF?

96. Der er to mulige konklusioner. For det første kan den retligt ikke-bindende EU-foranstaltning fastslås at være ugyldig, hvilket svarer til den konklusion, der almindeligvis drages ved andre former for (bindende) EU-retlige foranstaltninger, som findes at være mangelfulde i henhold til artikel 267 TEUF. For det andet kan spørgsmålet om en sådan foranstaltnings gyldighed faktisk omformuleres til et spørgsmål om fortolkning i henhold til artikel 267 TEUF vedrørende enten fortolkningen af selve den omtvistede ikke-bindende EU-retsakt eller fortolkningen af det (bindende) lovgivningsmæssige grundlag for denne retsakt (i den foreliggende sag forordning nr. 1093/2010).

52 – Jf. også femte betragtning til forordning 2019/2175: »Indholdet og formen af ESA'ernes tiltag og foranstaltninger, såsom instrumenter såsom retningslinjer […] bør altid være baseret på og inden for grænserne af de lovgivningsmæssige retsakter, der er omhandlet i artikel 1, stk. 2, i oprettelsesforordningerne, eller inden for anvendelsesområdet for deres beføjelser.« Jf. også den nye artikel 16, stk. 1, andet led, i forordning nr. 1093/2010: »Retningslinjer og henstillinger skal være i overensstemmelse med de beføjelser, der er tillagt ved de i artikel 1, stk. 2, eller i nærværende artikel omhandlede lovgivningsmæssige retsakter.«

97. Det, der måske kan forkastes med det samme, er det første alternativ i andet scenarie: Hvis Domstolen måtte finde, at en myndighed har vedtaget en ikke-bindende EU-retlig foranstaltning i strid med sin kompetence, kan jeg ikke se, hvordan det efterfølgende bliver Domstolens opgave faktisk at sætte sig ned og begynde at omformulere denne foranstaltning ad rettens vej med en afgørelse om en »fortolkning« af noget, der som udgangspunkt slet ikke skulle have været udfærdiget.

98. Hvis jeg ikke tager fejl med hensyn til Domstolens hidtidige praksis, har Domstolen indtil for nylig aldrig fundet en ikke-bindende EU-foranstaltning ugyldig [53]. Dette skyldes måske til dels, at de nationale retter sædvanligvis har stillet spørgsmål om *fortolkning* af sådanne retsakter [54]. Det er dog også rimeligt at anerkende, at Domstolen (indtil nu) altid har omformuleret spørgsmål om gyldighed til spørgsmål om fortolkning [55].

99. Det mest tydelige eksempel på en sådan »transformering« er måske Store Afdelings dom i Kotnik-sagen, hvor Domstolen konkret tog stilling til flere spørgsmål om gyldighed, som havde de været spørgsmål om fortolkning [56]. Desuden har Domstolen to gange tidligere endda udtrykkeligt udelukket muligheden for at tage stilling til gyldigheden af den omtvistede foranstaltning efter at have fastslået, at den ikke havde bindende virkning [57].

100. Domstolens praksis kan på en måde således anses for at være et svar på en relativ voldsom indledning til dette forslag til afgørelse: Hvad der aldrig har været i live (som lov) kan ikke stedes til hvile (af Domstolen). Det eneste, Domstolen kan gøre, er at fastslå med myndighed, at dette dyr aldrig er blevet født, eftersom det er udelukket på grund af moderens fysiognomi, at dette væsen overhovedet kunne fødes.

101. Denne løsning forhindrer i det mindste nogle af de ulogiske problemstillinger, der vil opstå, hvis Domstolen erklærer en retsakt ugyldig i henhold artikel 267 TEUF, selv om den ikke kan annulleres i henhold til artikel 263 TEUF, fordi den ikke har bindende retsvirkning. Retten kan opretholde denne tilgang og således konkludere i den foreliggende sag, at en samlet udlægning af artikel 1, 8 og 16 i forordning nr. 1093/2010 var til hinder for, at EBA kunne udstede de anfægtede retningslinjer på grund af EBA's manglende beføjelser hertil.

102. Et sådant svar kunne desuden forekomme mere hensigtsmæssigt end et spørgsmål vedrørende gyldighed i forbindelse med tredje spørgsmål, eftersom den forelæggende ret formelt set ikke har stillet noget spørgsmål vedrørende gyldighed. Den forelæggende ret har blot spurgt, om EBA har overskredet sine beføjelser ved at udstede de anfægtede retningslinjer.

53 – I dom af 25.3.2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249), hvor Domstolen fastslog, at en anbefaling vedtaget af EBA var ugyldig. Det forhold, at den pågældende anbefaling var et egentligt soft law-instrument, dvs. klart ikke-bindende (jf. dommens præmis 79) og derfor udtrykkeligt ikke omfattet af domstolsprøvelse i henhold til artikel 263 TEUF (præmis 82), forhindrede efter Domstolens opfattelse ikke en fuldstændig prøvelse af gyldigheden af denne ikke-bindende foranstaltning i henhold til Grimaldi-retspraksis inden for rammerne af artikel 267 TEUF.

54 – Jf. i tillæg til Grimaldi-dommen dom af 13.6.2017, Florescu m.fl. (C-258/14, EU:C:2017:448).

55 – Jf. eksempelvis dom af 8.4.1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, præmis 17), af 11.5.2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312), og af 19.7.2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, præmis 31-34 og 46-94).

56 – Dom af 19.7.2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, præmis 31-34 og 46-94), for så vidt angår den forelæggende rets andet til femte spørgsmål.

57 – Jf. f.eks. hvad angår Kommissionens notits vedrørende import- og eksportlicenser dom af 8.4.1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, præmis 16-17), hvad angår et toldkodeksudvalgs konklusioner, selv om konklusionerne skulle »iagttages« af medlemsstaterne, dom af 11.5.2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312, præmis 40-41), der er fortolket i lyset af generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse (EU:C:2006:78, punkt 24): »Kun en bestemmelse med bindende retsvirkning kan underkastes en legalitetskontrol.« Jf. dog igen for så vidt angår den nylige fravigelse fra denne linje i dommen i sagen Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, præmis 79, 82 og 83).

103. Et sådant resultat er derfor som helhed muligt [58]. I praksis er der ikke stor forskel på at erklære et dyr for at være ikke-eksisterende og på at udtale, at dets moder slet ikke kan have født det i første omgang [59]. En sådan udtalelse har ikke desto minde visse omkostninger, der giver anledning til helt andre problemer. Det er årsagen til, at jeg anbefaler Domstolen at give et udtrykkeligt svar på spørgsmålet om de anfægtede retningslinjers *gyldighed*.

104. Selv om den forelæggende ret har formuleret tredje spørgsmål som et spørgsmål om kompetence, vil en afgørelse om manglende beføjelse logisk set føre til, at retningslinjerne annulleres eller erklæres ugyldige [60]. Det er forholdsvis vanskeligt at forestille sig, hvordan det skulle kunne lade sig gøre at lade en afgørelse om overskridelse af beføjelser i forbindelse med en retsakt hænge i luften.

105. Ville det for det andet og mere grundlæggende da være op til den forelæggende ret at handle på dette svar fra Domstolen? Kan den nationale ret så selv drage en konsekvens af en sådan udtalelse fra Domstolen og erklære retningslinjerne ugyldige? Eller ville en afgørelse om overskridelse af kompetence på EU-plan berettige den nationale ret til at annullere den nationale bløde »gennemførelseslovgivning«.

106. Ud fra et systemisk synspunkt er alle de hypotetiske muligheder under alle omstændigheder som allerede nævnt utilfredsstillende for den nationale ret ud fra den synsvinkel, at der findes særskilte normative regelsæt, nemlig EU-regler og nationale regler, og der er risiko for, at de potentielt kan underminere den eksisterende retspraksis fra Foto-Frost-dommen. I princippet er det alene Domstolen, der kan behandle (u)gyldigheden af EU-retlige foranstaltninger. De nationale retter kan derimod kun annullere nationale retsakter. Et svar som »en EU-retlig foranstaltning skal fortolkes således, at den udelukker andre foranstaltninger«, vil generelt være passende ved *nationale* foranstaltninger, men ikke ved EU-foranstaltninger (uanset om de er bindende eller ej). Denne omgåelse er ganske vist nødvendig over for den nationale lovgivning, fordi Domstolen har kompetence til at fortolke EU-retten, men ikke til at vurdere national ret. En sådan struktur er derimod ikke hensigtsmæssig, når de anfægtede retningslinjer er *EU*-foranstaltninger, eftersom Domstolen i princippet ikke blot er bemyndiget til at foretage en prøvelse af retningslinjerne, men også til at annullere dem eller erklære dem ugyldige.

107. For det tredje svarer det at omformulere et spørgsmål om gyldighed til et spørgsmål om fortolkning til at foretage en væsentlig ændring, eller i det mindste en modificering, af den eksisterende retspraksis fra Grimaldi-dommen. I modsætning til det deri anførte, og som efterfølgende jævnligt er blevet gentaget [61], har Domstolen nemlig ikke kompetence til »*uden undtagelse* at afgøre præjudicielle spørgsmål om gyldigheden […] af *alle retsakter* fra Fællesskabets institutioner«. Domstolen ville blive berøvet muligheden for at træffe afgørelse om gyldigheden af ikke-bindende EU-retsakter i henhold til artikel 267 TEUF. Der ville derfor være en stor – og med udbredelse af soft law en stadig stigende – undtagelse fra Domstolens kompetence i henhold til såvel artikel 267 TEUF som artikel 263 TEUF.

108. Endelig ville en modificering af Grimaldi-dommen for det fjerde faktisk indebære, at der blev genskabt en vis sammenhæng mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF. Denne sammenhæng ville dog i virkeligheden have den laveste fællesnævner, og det ville være til skade for enhver effektiv retsbeskyttelse i henhold til EU-retten. Det betyder, eftersom der reelt ikke er adgang til domstolsprøvelse af bestemmelser, der falder ind under soft law i henhold til artikel 263 TEUF, at det bedste er, at der heller ikke er en sådan adgang i henhold til artikel 267 TEUF.

58 – Helt bestemt i dette konkrete tilfælde. I andre tilfælde er der nemlig ikke altid en generel bestemmelse såsom artikel 16 i forordning nr. 1093/2010, som en sådan »fortolkning« formelt kan knyttes op på.

59 – I det mindste for de udenforstående, som blot ønsker, at der slet ikke er noget dyr. Det ville være noget andet, hvis man så sagen fra dette dyrs synsvinkel, da dyret kunne føle sig noget mere forurettet af sidstnævnte udtalelse.

60 – Jf. f.eks. dom af 24.5.2007, Kommissionen mod Portugal (C-376/06, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:308, præmis 47).

61 – Jf. den ovenfor i fodnote 19 anførte retspraksis.

109. I sidste afsnit af dette forslag til afgørelse (C) vil jeg forklare, hvorfor og hvordan denne logik strukturelt er forkert. Som besvarelse af tredje spørgsmål foreslår jeg dog Domstolen at vælge det mest enkle og tydelige og ikke mindst det mest ærlige svar: De anfægtede retningslinjer bør erklæres ugyldige, for så vidt som EBA har overskredet de beføjelser, som EBA har fået ved forordning nr. 1093/2010.

C. Det første og det andet spørgsmål: forholdet mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF

110. Det er først nu, at man fuldt ud kan forstå den bredere problemstilling, som den forelæggende rets første og andet spørgsmål rejser. Jeg vil som sådan behandle disse to spørgsmål hver for sig i det følgende. Jeg vil begynde med anden del af det første spørgsmål og det andet spørgsmål, som vedrører FBF's søgsmålskompetence ved den nationale ret (1). Dernæst vil jeg vende mig mod Foto-Frost-dommen og spørgsmålet, om en national ret er forpligtet til at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse, hvis den påtænkte afgørelse i vidt omfang svarer til at »indstille« den nationale anvendelse af en ikke-bindende EU-retsakt (2). Endelig vil jeg dvæle ved den overordnede sammenhæng mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF i forhold til ikke-bindende EU-retlige foranstaltninger, som ligger til grund for første del af første og andet spørgsmål (3). Denne tilgang vil til sidst føre mig til en lidet tilfredsstillende konklusion om den generelle tilstand af EU-retten på dette område, idet jeg undrer mig over, hvordan det (i givet fald) er muligt at få Grimaldi-dommen, Foto-Frost-dommen og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen til at harmonere i forhold til soft law (4).

1. Locus standi i henhold til artikel 263 TEUF og 267 TEUF (anden del af det første spørgsmål og det andet spørgsmål)

111. Når anden del af det første spørgsmål tages for pålydende og læses særskilt[62], kan spørgsmålet ikke antages til realitetsbehandling, da den foreliggende sag ikke er et annullationssøgsmål. Anden del af det andet spørgsmål bør besvares med, at det skal afgøres efter national ret og ikke EU-retten, hvornår og hvordan en part i en national retssag kan påberåbe sig ulovlighed.

112. Hvis man læser det første og det andet spørgsmål samlet og sætter dem ind i sammenhængen i den foreliggende sag, forekommer den forelæggende ret dog reelt at have fokus »TWD-scenariet«: den situation, hvor en sagsøger, som kunne have anlagt et annullationssøgsmål vedrørende en EU-retsakt ved Domstolen, men undlod at gøre det, er afskåret fra at gøre indsigelse mod gyldigheden af en national foranstaltning til gennemførelse af denne retsakt ved en national ret.

113. Det følger af eksisterende retspraksis fra TWD-dommen[63] som senest præciseret i sagen Georgsmarienhütte m.fl.[64], at når en person, der ønsker at gøre indsigelse mod en EU-foranstaltning, utvivlsomt har søgsmålskompetence i henhold til artikel 263, stk. 4, TEUF, er denne person forpligtet til at benytte sig af det retsmiddel, der er fastsat i denne bestemmelse, ved at anlægge sag ved Retten. Det er således en forudsætning for, at en procespart kan gøre gældende ved den nationale ret, der behandler søgsmålet, at bestemmelser i EU-retsakter er ugyldige, at den pågældende part ikke havde ret til at anlægge et direkte søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF og derved gøre indsigelse mod disse bestemmelser.

62 – Jf. punkt 30-34 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

63 – Dom af 9.3.1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), af 23.2.2006, Atzeni m.fl. (C-346/03 og C-529/03, EU:C:2006:130, præmis 31), af 27.11.2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, præmis 41), og af 28.4.2016, Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 og C-391/14 – C-393/14, EU:C:2016:311, præmis 46).

64 – Dom af 25.7.2018, Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:582).

114. I det foreliggende sag ønsker den forelæggende ret for det første oplyst, om en brancheforening som FBF kunne have gjort indsigelse mod EBA's retningslinjer ved et annullationssøgsmål for at få afgjort, om brancheforeningen under omstændighederne i den foreliggende sag stadig kan anfægte lovligheden af en national foranstaltning (ACPR's meddelelse), hvorefter EBA's retningslinjer finder anvendelse.

115. I sammenhæng med en sag, der vedrører egentlig soft law, mener jeg ikke, at sådanne betragtninger på nogen måde er *relevante*. Når dette er sagt, er sådanne betragtninger, uanset om de måtte være relevante, ikke *begrundede*.

116. Da EBA's retningslinjer for det første ikke er bindende ifølge Domstolens klassiske tilgang [65], kan et annullationssøgsmål for Domstolen under alle omstændigheder ikke antages til realitetsbehandling på grund af den omtvistede EU-foranstaltnings *beskaffenhed*, *uanset* om sagsøger er umiddelbart og individuelt berørt. Domstolens tilgang har indtil nu været, at når der er tale om egentlig soft law, er der faktisk ingen anfægtelig retsakt. I praksis går en sådan (objektiv) vurdering endda forud for enhver vurdering af en given persons (ganske subjektive) søgsmålskompetence. Hvis der ikke er en anfægtelig retsakt, kan der på en måde derfor ikke *af nogen* nedlægges påstand om en sådan prøvelse i henhold til artikel 263 TEUF.

117. For det andet vil den eksisterende retspraksis fra TWD-dommen under ingen omstændigheder finde anvendelse i den aktuelle sag og mere generelt næppe nogensinde i en sag vedrørende bestemmelser, der falder ind under soft law.

118. Dette er der en simpel årsag til. TWD og efterfølgende domme baseret på denne dom kræver nemlig, at der foreligger en »ikke-anfægtet ret« til at anlægge et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF, for at samme sagsøger kan støtte ret på, at artikel 267 afskærer muligheden for en prøvelse [66]. Det er dog helt umuligt at fastslå, at en brancheforening som FBF, der beskytter sine medlemmers interesser, utvivlsomt har ret til i henhold til artikel 263 TEUF at anlægge sag vedrørende ikke-bindende EU-foranstaltninger, såsom de anfægtede retningslinjer. I forhold til bestemmelser, der falder ind under soft law, skal det nemlig altid først vurderes, hvorvidt en sådan foranstaltning udgør en reel eller falsk ikke-bindende retsakt, hvilket allerede i sig selv er en temmelig kompleks vurdering. Dernæst opstår spørgsmålet, hvorvidt en organisation eller en anden sammenslutning, der varetager sine medlemmers interesser, er umiddelbart og individuelt berørt og dermed har søgsmålskompetence [67].

119. Alt dette svarer til en meget kompliceret form for vurdering, der er meget forskellig fra tankegangen bag og formålet med undtagelsen i TWD [68]. Denne undtagelse bør begrænses til sager, hvor det er *åbenbart*, at de kan antages til realitetsbehandling. Undtagelsen kan ikke udvides til at omfatte sager, der *potentielt* kan antages til realitetsbehandling, idet den konkrete vurdering af betingelserne i artikel 263 TEUF faktisk er skrevet ind i artikel 267 TEUF, hvorefter det er overladt til de nationale domstole at undersøge bestemmelserne parallelt. Bestemmelsen kan heller ikke vendes på hovedet, ved at den gøres til en bestemmelse om *åbenbart grundløse* sager.

65 – Som anført ovenfor i punkt 40-55 i dette forslag til afgørelse.

66 – Jf. dom af 9.3.1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, præmis 24), og af 25.7.2018, Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:582, præmis 17).

67 – Jf. til illustration af denne kompleksitet og de forskelligartede domskonklusioner f.eks. dom af 16.3.1978, Unicme m.fl. mod Rådet (123/77, EU:C:1978:73), af 25.7.2002, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet (C-50/00 P, EU:C:2002:462), og af 10.1.2006, IATA og ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

68 – Jf. i denne forbindelse generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:120, punkt 40).

120. Det følger heraf, at en brancheforening i henhold til EU-retten med sikkerhed har ret til at gøre indsigelse imod samt få prøvet gyldigheden af EU-retningslinjer, der er rettet til de medlemmer, hvis interesser den forsvarer, selv når de ikke hverken umiddelbart eller individuelt vedrører denne forening. Hvornår og hvordan det potentielt kan være gøres i henhold til national ret samt proceduren herfor er en helt anden sag, som det alene er op til den forelæggende ret at afgøre.

2. Finder Foto-Frost-dommen anvendelse på ikke-bindende foranstaltninger?

121. Inden jeg tager fat på det overordnede strukturelle problem med omfanget af (manglende) sammenhæng mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF ved en prøvelse af bestemmelser, der falder ind under soft law, som den forelæggende ret har rejst, er der en anden brik i puslespillet, der skal gøres rede for: Foto-Frost-sagen.

122. Foto-Frost-dommen og dens betydning for nationale domstoles prøvelse af ikke-bindende foranstaltninger er blevet behandlet af den forelæggende ret i forelæggelsesafgørelsen, selv om dette ikke har ført til, at et konkret spørgsmål er blevet forelagt Domstolen. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse er netop en konsekvens af den forelæggende rets anvendelse af såvel Grimaldi-dommen som Foto-Frost-dommen specifikt i sammenhæng med ikke-bindende foranstaltninger, når det efter national lovgivning er muligt at foretage en direkte prøvelse af bestemmelser, der falder ind under soft law, mens dette ikke er muligt efter EU-rettens regler. Er en national ret ved et sådant scenarie *forpligtet* til at forelægge Domstolen et spørgsmål om gyldigheden af de anfægtede retningslinjer ved anvendelse af Foto-Frost-dommen? Eller skal den fortolkes som blot en *særlig tilladelse*, der er opstået som følge af den eksisterende retspraksis fra Grimaldi-dommen [69]?

123. Det følger af Foto-Frost-dommen, at en national ret er forpligtet til at forelægge en sag om gyldigheden af en EU-retlig foranstaltning for Domstolen, medmindre den nationale ret finder, at de påberåbte ugyldighedsgrunde er ugrundede [70]. Det anførte rationale bag denne forpligtelse, som ikke finder støtte i traktatens ordlyd [71], har to sider: For det første gør ensartetheden det yderst påkrævet, når gyldigheden af en EU-retsakt drages i tvivl, således at der ikke er forskelle mellem de nationale retter i denne forbindelse. For det andet kræver sammenhængen mellem princippet med domstolsbeskyttelse og Unionens fuldstændige system af retsmidler (især Domstolens enekompetence til at omstøde EU-foranstaltninger), at når der gøres indsigelse mod en EU-retsakts gyldighed ved en national ret, skal det alene være Domstolen, der har beføjelse til at erklære en retsakt ugyldig [72].

124. I modsætning til Kommissionen kan jeg ikke se, hvordan denne logik og de to anførte grunde også finder anvendelse på bestemmelser, der er egentlig soft law.

125. Hvad angår kravet om *ensartethed* er det med en bestemt udlægning for det første korrekt, at de kompetente nationale myndigheder, der beslutter sig for at efterleve de anfægtede retningslinjer, bør gøre det på samme måde over hele Unionen. Det er især artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1093/2010, der bemyndiger EBA til at vedtage sådanne retningslinjer med henblik på at »sikre en fælles, ensartet

69 – For fuldstændighedens skyld kan det bemærkes, at selv hvis Domstolen måtte favne den tilgang, hvor spørgsmål om gyldigheden af bløde lovgivning i henhold til artikel 267 TEUF reelt er et spørgsmål om fortolkningen af »hovedloven« (som redegjort for ovenfor i punkt 98-103), ville Foto-Frost-dommen logisk set ikke finde anvendelse på soft law overhovedet. Dette ville dog også indebære, at Grimaldi-dommen (punkt 107 i dette forslag til afgørelse) delvist ville blive underkendt (eller med en omskrivning betydeligt »modificeret«).

70 – Dom af 22.10.1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, præmis 14-20), af 22.6.2010, Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 54-56), af 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 62), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 78).

71 – Jf. mit forslag til afgørelse Consorzio Italian Management (C-561/19, punkt 47 og 48).

72 – Dom af 22.10.1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, præmis 15-17).

og konsekvent anvendelse af EU-retten«. Den efterstræbte ensartethed vil grundlæggende ikke omfatte Unionen og det indre marked som helhed, men være begrænset til ensartethed på tværs af individuelle og forholdsvis tilfældige normative klynger i de medlemsstater, hvis kompetente myndigheder har besluttet at vælge retningslinjerne til.

126. Er det denne form for ensartethed, som Foto-Frost-dommen henviser til? Bør der også kategorisk være krav om ensartethed i forhold til foranstaltninger, hvis der ikke pr. definition findes en sådan ensartethed, således som det er tilfældet med foranstaltninger, der blot *kan* (og ikke skal) anvendes? Hvad angår EBA's retningslinjer og henstillinger fremgår det tydeligt af især artikel 16, stk. 3, i forordning nr. 1093/2010, at de kompetente nationale myndigheder kan beslutte ikke at efterleve dem. Hvis en national ret uden Domstolens medvirken beslutter at annullere den nationale retsakt, der gennemfører en ikke-bindende EU-foranstaltning, vil den desuden i praksis have samme virkning som en afgørelse fra den kompetente myndighed om ikke at efterleve foranstaltningen.

127. For det andet er argumentet, der er baseret på *sammenhængen mellem princippet med domstolsbeskyttelse* og Unionens fuldstændige system af retsmidler, måske endda mere interessant. I Foto-Frost-dommen foreslog Domstolen nærmere bestemt, at forpligtelsen til at forelægge et spørgsmål om gyldighed er begrundet i, at Domstolen i forhold til EU-retlige foranstaltninger selv giver mulighed for en effektiv domstolsprøvelse, der svarer til den garanterede adgang til domstolsprøvelse ved de nationale retter.

128. På det *horisontale* plan er der i øjeblikket dog ganske enkelt ikke adgang til prøvelse af ikke-bindende EU-retlige foranstaltninger i henhold til artikel 263 TEUF, da der ikke som udgangspunkt er en anfægtelig retsakt, hvilket indebærer, at annullationssøgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling. På det *vertikale* plan forekommer den manglende ækvivalens i domstolsbeskyttelsen så meget desto mere indlysende stillet over for (visse) nationale retter, såsom den forelæggende ret i den foreliggende sag, der faktisk sikrer (en vis) effektiv domstolsbeskyttelse ved ikke-bindende foranstaltninger[73].

129. Hvad angår ikke-bindende EU-foranstaltninger kræver sammenhæng i forhold til *effektiv* domstolsbeskyttelse således om noget præcis den modsatte konklusion, nemlig at Foto-Frost-dommen ikke tydeligt finder anvendelse på sådanne foranstaltninger. Jeg kan ikke rigtig se nogen mening i den argumentation, der forudsætter, at *ikke-eksisterende beskyttelse skal centraliseres* for Domstolen, fordi Unionens retsinstanser ikke yder effektiv beskyttelse mod bestemmelser, der er egentlig soft law.

130. Hvis dette blev løsningen, mener jeg, at det kunne være et af de sjældne tilfælde, hvor artikel 53 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (»chartret«) meget vel kan finde anvendelse. Der er efter min opfattelse næppe tvivl om, at et nationalt retssystem, der giver enkeltpersoner adgang til domstolsprøvelse af ikke-bindende retsakter, som påvirker deres retsstilling, faktisk sikrer et højt (højere) beskyttelsesniveau sammenlignet med det beskyttelsesniveau, Domstolen garanterer.

131. Sammenfattende finder Foto-Frost-dommen ud fra logikken i og formålet med dommen ikke anvendelse på ikke-bindende EU-foranstaltninger. Dette betyder i praksis, at såfremt en national ret har kompetencen hertil i henhold til national lovgivning, kan den nationale ret annullere den nationale foranstaltning til »inkorporering« eller »gennemførelse« af en EU-bestemmelse, der falder ind under soft law, på den pågældende stats område uden at være forpligtet til først at forelægge Domstolen en anmodning om en præjudiciel afgørelse i sagen. Tilsvarende finder parallellen til

73 – Jf. f.eks. domme afsagt af Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager (Frankrig)) den 21.3.2016, Société Fairvesta International GmhB m.fl. (nr. 368082) og Société Numéricable (nr. 390023). Jf. eksempler fra andre nationale retssystemer beskrevet i mit forslag til afgørelse Belgien mod Kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkt 84 og 85).

»grunden til ugyldighed«, som blev fastlagt af Domstolen i dommen i sagen Melki og Abdeli[74], og som indførte en pligt til at forelægge sagen, ikke anvendelse på ikke-bindende EU-foranstaltninger. Dette forhindrer naturligvis ikke nationale retter i at forelægge en anmodning om en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af et ikke-bindende aktstykke eller hovedloven for aktstykket. Logikken i at centralisere problemstillingen med gyldighed, der blev indført med Foto-Frost-dommen, finder ganske enkelt ikke anvendelse på ikke-bindende EU-foranstaltninger.

132. En sådan konklusion kan forekomme radikal, men kun for dem, der inderst inde har en anden holdning end den, de offentligt giver udtryk for. Hvis man virkelig mener, at soft law-EU-lovgivning ikke er bindende og slet ikke har nogen retsvirkning, hvorfor bliver man så forfærdet over den tanke, at de nationale domstole kan gøre, som de ønsker med de nationale foranstaltninger til gennemførelse af sådanne rene vejledninger? Her er sammenhængen helt essentiel. Enten mener man, at sådanne foranstaltninger faktisk har visse retsvirkninger (om end adgang til domstolsprøvelse ved Unionens retsinstanser i så fald skulle bevilges), eller også mener man, at de slet har nogen retsvirkning (om end det så indebærer, at der skal tages stilling til, hvorfor der kan opstå problemer, hvis foranstaltningerne annulleres af en national ret). Den forelæggende ret foretager i bedste fald et fuldstændig forgæves indsats, idet den slår noget ihjel, som allerede er dødt.

133. Den eneste mulighed for at tage fat på en problemstilling er at foreslå, at retsakter i forhold til adgang til domstolsprøvelse ved Unionens retsinstanser i henhold til artikel 263 TEUF slet ikke har bindende retsvirkning, med den konsekvens, at der overhovedet ikke er adgang til domstolsprøvelse. Hvis samme problemstilling falder ind under artikel 267 TEUF, vil retsakten på mirakuløs vis genopstå og være fuldt virksom, i hvilken situation forpligtelsen i henhold til Foto-Frost-dommen finder anvendelse. Det meget bekymrende billede, der tegner sig ved en sådan uoverensstemmelse, er, at EU-retsaktens beskaffenhed ændrer sig alt efter, om det på den ene side drejer sig om adgang til domstolsprøvelse ved Domstolen, eller om det på den anden side drejer sig om de nationale retters forpligtelser.

3. Adgang til domstolsprøvelse ved Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF og i henhold til artikel 263 TEUF: et fuldstændigt system af retsmidler? (første del af det første spørgsmål og det andet spørgsmål)

134. Tidligere i dette afsnit begyndte følgende generelle, strukturelle spørgsmål at tage form: I hvilket omfang kan man gøre gældende, at en EU-retsakt, der ikke er retligt bindende (og derfor ikke kan gøres til genstand for prøvelse i henhold til artikel 263 TEUF), stadig kan gøres til genstand for prøvelse og eventuelt erklæres ugyldig i henhold til artikel 267 TEUF? Begge de to ovenstående punkter vedrørende henholdsvis TWD-undtagelsen og den logik, der ligger til grund for Foto-Frost-dommen, er netop baseret på en formodning om, at der findes et fælles EU-retligt princip med domstolsbeskyttelse, der burde fungere som en helhed.

135. Der er dog også flere argumenter for, at det er muligt at have en vis adskillelse mellem disse to typer procedurer, bl.a. i forhold til ikke-bindende EU-retlige foranstaltninger.

74 – Dom af 22.6.2010, Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 55 og 56), formulerede tydeligt, at det er en konsekvens af forpligtelsen i henhold til Foto-Frost-dommen, at hvis en national ret skal tage stilling til en indsigelse mod gyldigheden af en national gennemførelsesforanstaltning vedrørende de samme elementer som i den oprindelige EU-retlige foranstaltning, skal den pågældende nationale ret give Domstolen mulighed for at behandle samme problemstillinger i forhold til den oprindelige EU-retlige foranstaltning ved at forelægge gyldigheden af denne EU-retlige foranstaltning for Domstolen.

136. For det første er der allerede en tydelig forskel i deres ordlyd. Artikel 263, stk. 1, TEUF begrænser nemlig omfanget af denne bestemmelse til retsakter, der har retsvirkning over for tredjemand, og hertil har Domstolen i sin retspraksis tilføjet *bindende* retsvirkning. Der kan kun gøres indsigelse mod sådanne retsakter i henhold til artikel 263 TEUF[75]. En sådan begrænsning fremgår derimod hverken af ordlyden eller af fast retspraksis vedrørende omfanget af artikel 267 TEUF. Som Domstolen gentagne gange har bekræftet i den eksisterende retspraksis fra Grimaldi-dommen, tillægger artikel 267 TEUF Domstolen kompetence til *uden undtagelse* at træffe en præjudiciel afgørelse om gyldigheden og fortolkningen af *alle* retsakter fra Unionens institutioner[76].

137. Selv om Domstolen har fremhævet sammenhængen i systemet, har den for det andet også fastholdt, at der i EU-retten findes et »fuldstændigt system af retsmidler«. Ifølge Domstolen har EUF-traktaten fastlagt, dels i artikel 263 TEUF og 277 TEUF, og dels i artikel 267 TEUF, at der oprettet et fuldstændigt system af retsmidler og procedurer, der har til formål at sikre, at lovligheden af Unionens retsakter kan undergives domstolsprøvelse, og EUF-traktaten har samtidig overladt det til Unionens retsinstanser at foretage en sådan prøvelse[77]. Siden dommen i sagen Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet[78] har »tilgangen med et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem« åbnet mulighed for, at ikke-privilegerede sagsøgere kan anlægge sag ved Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF, selv om de ikke kunne anlægge sag i henhold til artikel 263 TEUF på grund af den høje tærskel, som betingelsen om at være umiddelbart og individuelt berørt udgør.

138. *For at være fuldstændige* skal de individuelle procedurer med andre ord *supplere hinanden*. Det er denne hjørnesten, der har dannet grundlag for fortolkningen af en stor del af retspraksis på området de seneste 30 år, siden døren (i form af direkte adgang til domstolsprøvelse) blev lukket (igen) i dommen i sagen Unión de Pequeños Agricultores. Ud fra denne logik er betingelserne og adgangen i henhold til artikel 263 TEUF og 267 TEUF nemlig netop blevet adskilt: Den relativt begrænsede adgang i henhold til artikel 263 TEUF skulle suppleres med en meget åben adgang i henhold til artikel 267 TEUF, hvor de nationale domstole faktisk blev dørvogtere.

139. I den foreliggende sag er det den franske regering, men også den forelæggende ret, der i vidt omfang har citeret Domstolens praksis i denne henseende, og som har støttet sig på denne logik for at godtgøre muligheden for at anmode om præjudiciel afgørelse vedrørende gyldigheden af ikke-bindende EU-foranstaltninger, når det ikke er muligt at anlægge et annullationssøgsmål.

140. For det tredje er denne betingelse om, at de skal supplere hinanden, samt den dermed følgende adskillelse ligeledes nødvendig for at sikre, at der i et vist omfang er adgang til effektive retsmidler, der kan opfylde chartrets artikel 47. Det ville nemlig være fuldstændig uforeneligt med de faste krav, som for nylig er blevet udmøntet ved Domstolen efter denne bestemmelse[79] eller endda efter artikel 19 TEU[80], som gælder, hvis EU-retlige foranstaltninger, der påvirker en enkelte borgers retsstilling, på grund af strukturen aldrig ville kunne blive forelagt Domstolen.

75 – Jf. f.eks. dom af 13.10.2011, Deutsche Post og Tyskland mod Kommissionen (C-463/10 P og C-475/10 P, EU:C:2011:656, præmis 36), af 13.2.2014, Ungarn mod Kommissionen (C-31/13 P, EU:C:2014:70, præmis 54), og af 25.10.2017, Rumænien mod Kommissionen (C-599/15 P, EU:C:2017:801, præmis 47), dommen i sagen Belgien mod Kommissionen (præmis 31), og dom af 26.3.2019, Kommissionen mod Italien (C-621/16 P, EU:C:2019:251, præmis 44).

76 – Jf. den ovenfor i fodnote 19 nævnte retspraksis.

77 – Jf. f.eks. dom af 23.4.1986, Les Verts mod Parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, præmis 23), af 3.10.2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, præmis 92), og af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 66).

78 – Dom af 25.7.2002 (C-50/00 P, EU:C:2002:462, præmis 40).

79 – Jf. f.eks. dom af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 43-59), og af 29.7.2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626).

80 – Jf. f.eks. dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 29-40), af 24.6.2019, Kommissionen mod Polen (Den øverste domstols uafhængighed) (C-619/18, EU:C:2019:531), og af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Den øverste domstols disciplinærafdelings uafhængighed) (C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 82-86).

141. En sådan adskillelse mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF ved prøvelse af ikke-bindende EU-foranstaltninger sker dog ikke uden intellektuelle udfordringer, hvoraf nogle strukturelt er ganske tunge.

142. For det første er det på det begrebsmæssige plan vanskeligt at forstå i lyset af ikke-bindende EU-foranstaltningers *beskaffenhed*, hvordan en anmodning om en præjudiciel afgørelse om gyldigheden af ikke-bindende EU-foranstaltninger kan imødekommes, når et annullationssøgsmål ikke kan. En retsakt, som ikke kan anfægtes af en hvilken som helst sagsøger inden for rammerne af artikel 263 TEUF, bliver nemlig pludselig en retsakt, som enhver kan gøre indsigelse imod i henhold til artikel 267 TEUF.

143. Det fremgår desuden af fast retspraksis, at anmodninger om præjudicielle afgørelser om gyldighedsspørgsmål i lighed med annullationssøgsmål udgør en mulighed for at få prøvet lovligheden af EU-retsakter [81]. Selv om resultaterne formelt er lidt forskellige (nemlig annullation i henhold til artikel 263 TEUF i modsætning til en afgørelse om ugyldighed i henhold til artikel 267 TEUF), hvis det fastslås, at den omtvistede EU-foranstaltning er uforenelig med mere overordnet EU-ret, har de samme retsvirkning erga omnes og generelt ex tunc: Den omtvistede EU-retsakt skal anses for ugyldig og finder ikke længere anvendelse [82].

144. Det er således logisk, at (i) EU-retsakter enten er bindende og derfor kan annulleres eller erklæres ugyldige i henhold til *enten* artikel 263 TEUF *eller* artikel 267 TEUF, eller også er de (ii) *ikke*-bindende og kan derfor *ikke* gøres til genstand for prøvelse og kan så meget desto mindre erklæres ugyldige eller uvirksomme i henhold til *såvel* artikel 263 TEUF *som* artikel 267 TEUF.

145. Hvis der i første omgang ikke er nogen retsakt, der kan prøves, er det for det andet heller ikke umiddelbart nærliggende, hvorfor den logik, der ligger til grund for det »fuldstændige system af retsmidler«, skulle finde anvendelse. Domstolens praksis i denne henseende er reelt set et værktøj, der gør det muligt at afhjælpe manglende (*subjektiv*) søgsmålskompetence ved den ene af procedurerne (artikel 263 TEUF) ved at fremhæve, at der ikke er denne betingelse ved den anden af procedurerne (artikel 267 TEUF). Formålet var at forsøge at genoprette en form for balance mellem privilegerede og ikke-privilegerede sagsøgere. Der er reelt ikke tale om et redskab til at etablere adgang til domstolsprøvelse ved Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF, når denne adgang er lukket for alle, herunder privilegerede sagsøgere, i henhold til artikel 263 TEUF.

146. Dette ville desuden omkalfatre den sondring – der har givet næring til en del retspraksis vedrørende artikel 263 TEUF, men som ikke findes vedrørende artikel 267 TEUF – mellem privilegerede og ikke-privilegerede sagsøgere i forhold til prøvelse af ikke-bindende EU-foranstaltninger. Selv om en privilegeret sagsøger (en medlemsstat) i sagen Belgien mod Kommissionen blev nægtet mulighed for at gøre indsigelse mod en ikke-bindende EU-foranstaltning for så vidt angår spørgsmålet om Unionens manglende kompetence til at vedtage en sådan foranstaltning [83], ville muligheden for at gøre samme indsigelse gældende derimod være åben for alle individuelle sagsøgere gennem artikel 267 TEUF, uden at de skulle godtgøre, at de har en umiddelbar og individuel interesse.

147. Alt dette ville derfor i praksis betyde, at privilegerede sagsøgere, der ønsker en prøvelse af en ikke-bindende EU-foranstaltning, ville have den samme eller nogle gange en endnu dårligere retsstilling end enkeltpersoner, der er part en sag. En medlemsstat ville f.eks. være nødt til indirekte at lægge sag an om gennemførelsen af en national foranstaltning (sandsynligvis sin egen) ved en national

81 – Jf. f.eks. dom af 28.3.2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).

82 – Jf. i denne retning f.eks. dom af 26.4.1994, Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, præmis 17), af 5.10.2004, Kommissionen mod Grækenland (C-475/01, EU:C:2004:585, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis), og af 6.10.2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, præmis 52).

83 – Jf. bl.a. første appelanbringende (dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, præmis 39).

ret. Subsidiært gælder, at eftersom det ikke er tydeligt, om en sådan form for sag overhovedet er mulig efter de nationale procesregler, ville medlemsstaternes myndigheder være nødt til at krydse fingre for, a) at enkeltpersoner, der ønsker at klage, lægger sag an om gennemførelsesforanstaltningen, b) at den nationale ret giver de statslige myndigheder tilladelse til at intervenere i hovedsagen, og c) at den pågældende ret indbringer sagen for Domstolen med anmodning om en præjudiciel afgørelse (vedrørende fortolkningen eller gyldigheden), så de statslige myndigheder i sidste ende kan fremlægge sagen for Domstolen. Situationen ville være er endnu mere interessant med en anden type privilegerede sagsøgere, nemlig EU-institutionerne.

148. Endelig er der for det tredje og sidste også et andet og mere pragmatisk argument om, hvorfor det kun i begrænset omfang ville give mening at argumentere for vid adgang til domstolsprøvelse af ikke-bindende foranstaltninger i henhold til artikel 267 TEUF, mens adgangen til domstolsprøvelse i henhold til artikel 263 TEUF i praksis forbliver lukket: Det ville give en rimelig fordeling af sagerne på Domstolens retslister. Dette argument vedrører ikke specifikt soft law, men er snarere et generelt argument om de sidste 30 års politik for retsvæsenet, hvor der over hele linjen har været begrænset adgang til domstolsprøvelse efter artikel 263 TEUF, samtidig med at der gives uhindret adgang til domstolsprøvelse efter artikel 267 TEUF [84]. Som følge af denne politik for retsvæsenet er der sager, der ellers kunne være blevet behandlet i domstolssystemet, hvor der på nuværende tidspunkt både er relevante sagkyndige og domstolsmyndighed, nemlig Retten, men som i stedet kommer direkte for Domstolen i form af præjudicielle forelæggelser.

4. En (strukturelt) utilfredsstillende (men nødvendig) konklusion

149. Grimaldi-dommen, Foto-Frost-dommen og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen. Det forekommer mig at være ganske svært, for ikke at sige temmelig umuligt, at anvende alle tre domme samtidig i forbindelse med en sag som den foreliggende. Overvejelser om, hvordan alle tre domme kan forenes i spørgsmålet om ikke-bindende EU-retsakter, giver minder om dødvande i skak, hvor man uundgåeligt vil miste en brik, uanset hvilket træk man vælger at tage.

150. Efter min opfattelse er det meget klart, hvilken af de tre domme der bør ændres. Dette kan dog ikke gøres gennem en præjudiciel afgørelse. Efter min opfattelse tjener den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse blot til at fremhæve som et meget nyttigt eksempel, hvad der vil ske, hvis Domstolen forbliver fanget i årtiers skarpe opdeling af lovgivning som værende enten 100% bindende eller ikke-eksisterende. I sidste ende kan en anden føle sig forpligtet til at træde til for at sikre den nødvendige retsbeskyttelse, som Domstolen ikke er villig til at give i henhold til artikel 263 TEUF.

151. Hvad angår den konkrete løsning af den foreliggende sag har Domstolen dog – i det mindste teoretisk – tre muligheder.

152. Dels kan Domstolen i første omgang kopiere kravet om, at der skal foreligge en juridisk bindende EU-retsakt (dvs. en anfægtelig retsakt), fra artikel 263 TEUF over i muligheden for at indgive en anmodning om en præjudiciel afgørelse til vurdering af gyldigheden i henhold til artikel 267 TEUF. I denne situation ville Domstolen imidlertid tilsidesætte ordlyden af artikel 267 TEUF og dermed underkende Grimaldi-dommen, hvormed det ville blive tydeligt, at Foto-Frost-dommen ikke ville finde anvendelse på sådanne ikke-retsakter. Der skal desuden siges noget om kravet om »sammenhæng« mellem retsmidlerne, hvilket medfører, at der af hensyn til denne sammenhæng slet ikke findes noget retsmiddel. Formelt set giver det dog sammenhæng netop at behandle alle lige dårligt.

84 – Jf. generelt mit forslag til afgørelse af 16.7.2020, Région de Bruxelles-Capitale mod Kommissionen (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punkt 142).

153. For det andet kan Domstolen omformulere den forelæggende rets tredje spørgsmål og grundlæggende spørge til fortolkningen af retsgrundlaget for de anfægtede retningslinjer og ikke deres gyldighed [85]. Dette ville svare til en delvis underkendelse af Grimaldi-dommen, medmindre dette kunne klemmes ind som en »afklaring« af dommen: Når der i Grimaldi-dommen og hele den deraf følgende retspraksis fortsat insisteres på muligheden for anfægte gyldigheden af »alle retsakter fra Unionen uden undtagelse«, er det altid blevet forstået således, at det, der rent faktisk mentes, var »enhver *retligt bindende* retsakt fra Unionen uden undtagelse« [86]. Foto-Frost-dommen finder derfor heller ikke anvendelse på sådanne retsakter.

154. Hvis Domstolen finder, at EBA har overskredet sin kompetence, kan den for det tredje naturligvis erklære de anfægtede retningslinjer ugyldige. Dette indebærer, at Grimaldi-dommen stadfæstes og finder anvendelse, mens dommen i sagen Belgien mod Kommissionen indirekte genbesøges. Sidstnævnte forudsætning og den eksisterende retspraksis, hvor beskaffenheden af en anfægtelig retsakt i henhold til artikel 263 TEUF er hugget i sten, forbliver naturligvis formelt intakte. Af alle de grunde, der er nævnt i det foregående afsnit om omfanget af den mulige uoverensstemmelse mellem artikel 263 TEUF og 267 TEUF [87], undrer jeg mig imidlertid over, hvor længe denne sondring med rimelighed kan opretholdes.

155. Når dette er sagt, endda på trods af alle disse problemstillinger, og *så længe* der ikke findes en effektiv retsbeskyttelse mod de potentielt skadelige retsvirkninger af ikke-bindende EU-retsakter i henhold til artikel 263 TEUF, forbliver indgivelsen af en anmodning om en præjudiciel afgørelse om gyldigheden af de samme retsakter i henhold til artikel 267 TEUF den eneste måde, hvorpå Domstolen kan sikre, at der i det mindste er en vis lighed med et fuldstændigt system af retsmidler i medfør af EU-retten. Dette er i virkeligheden en strukturelt utilfredsstillende resultat, men dog det eneste mulige i forhold til at sikre effektiv retsbeskyttelse.

V. Forslag til afgørelse

156. Jeg foreslår Domstolen at besvare de af Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager (Frankrig)) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»– Artikel 267 TEUF gør det muligt at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende vurderingen af gyldigheden af ikke-bindende EU-retsakter, som f.eks. Den Europæiske Banktilsynsmyndigheds retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter af 22. marts 2016.

– Artikel 267 TEUF udelukker ikke, at en brancheforening ved nedlæggelse af en påstand om ulovlighed for en national ret i overensstemmelse med reglerne om søgsmålskompetence i henhold til national lovgivning anfægter retningslinjer, der er rettet mod de medlemmer, hvis interesser den forsvarer, og som eventuelt ikke umiddelbart og individuelt berører denne forening.

– Formålet med og indholdet af Retningslinjer for produktudviklings- og produktstyringsprocesser for detailbankprodukter, vedtaget af Den Europæiske Banktilsynsmyndighed den 22. marts 2016, er ikke omfattet af anvendelsesområdet for de retsakter, der er nævnt i artikel 1, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1093/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af

85 – Som jeg har anført ovenfor (punkt 102-108 i dette forslag til afgørelse), kan Domstolen fastholde den formelle omstændighed, at den forelæggende rets tredje spørgsmål i sin præcise ordlyd kan forstås som en fortolkning. Dette indebærer dog også, at det tilkommer den nationale ret at drage de endelige konsekvenser af afgørelse om, at et EU-organ har overskredet sine beføjelser.

86 – Jf. dog igen dom af 25.3.2021, Balgarska Narodna Banka (C 501/18, EU:C:2021:249, præmis 83).

87 – Jf. punkt 135-148 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/78/EF. Disse retningslinjer er derfor ugyldige.«