Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. ВОВЕК
представено на 15 април 2021 година [1]

Дело C-911/19

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

(Преюдициално запитване, отправено от Conseil d'État (Държавен съвет, Франция)

„Преюдициално запитване — Банково право — Насоки относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно, издадени от Европейския банков орган — Меко законодателство (Soft law) — Незадължителни актове на Съюза, които пораждат правно действие — Прилагане от държавите членки — Съдебен контрол — Връзка между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС — Липса на правомощия на Европейския банков орган“

I. Въведение

1. Както се казва във филма „Игра на тронове“, „това, което е мъртво, не може да умре“. Така, вероятно с изключение на Белите бродници това, което е мъртво, не може и да бъде убито. Може ли обаче нещо, което никога не е било живо (или по-скоро никога не е съществувало като задължителен акт от правото на Съюза), да бъде отменено (или по-скоро да бъде обявено за невалидно) от Съда с решение по преюдициално запитване? При условията на евентуалност, може ли Съдът да даде (задължително) тълкуване на незадължителен акт на Съюза?

2. През 2017 г. Европейският банков орган (наричан по-нататък „ЕБО“) приема Насоки относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно [2]. Впоследствие френският Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (Надзорен орган за пруденциален надзор и оздравяване) (по-нататък „ACPR“) в обявление известява, че се е съобразил с тези насоки, правейки ги по този начин приложими за всички финансови институции под негов надзор. Fédération bancaire française (Френска банкова федерация, по-нататък „FBF“) иска от запитващата юрисдикция да отмени това обявление, като изтъква, че ЕБО не е бил компетентен да приеме посочените насоки.

[1] Език на оригиналния текст: английски.

[2] Насоки от 22 март 2016 г. (EBA/GL/2015/18).

3. Настоящото дело има няколко аспекта. От една страна, трябва да се установи дали с приемането на обжалваните насоки ЕБО е превишил правомощията, предоставени му с Регламент № 1093/2010[3]. Колкото и да е сложно да се изследва гъстата мрежа от доста техническото по характер вторично право, всъщност това е по-лесният въпрос.

4. Много по-сложните въпроси възникват след това: до какво би довела констатацията за липса на компетентност по отношение на акт с незадължителна сила (или „меко законодателство“) в рамките на производството по преюдициално запитване? Може ли Съдът да обяви за невалиден акт, който няма задължителен характер? Възможно ли е от систематична гледна точка да се проведе пълно разграничение между производствата по член 263 ДФЕС и по член 267 ДФЕС по отношение на незадължителните актове? Как могат да се съчетаят решенията на Съда по делата Grimaldi[4], Foto-Frost[5] и Белгия/Комисия[6] по отношение на актове, които представляват същинско „меко законодателство“? Могат ли незадължителни актове на Съюза да подлежат на контрол от страна на Съда на основание член 267 ДФЕС, както следва от решение Grimaldi, макар че за тях не е възможен (прекият) съдебен контрол по член 263 ДФЕС, както това бе потвърдено наскоро в решение Белгия/Комисия?

5. Накрая, но не по важност, всички тези въпроси са поставени в специфичния контекст, в който националното право — за разлика от правото на Съюза — позволява много по-широк достъп до пряк съдебен контрол по отношение на актове на „мекото законодателство“, включително национални актове, които „прилагат“ незадължителни актове от правото на Съюза. Това от своя страна повдига въпроса дали националните юрисдикции са длъжни предвид решение Foto-Frost да отправят преюдициални запитвания с въпроси относно валидността на незадължителни актове на Съюза. Или пък националната юрисдикция има право сама просто да отмени националния акт за прилагане, при положение че това, което няма (същински) задължителен характер, несъмнено може свободно да бъде пренебрегнато?

[3] Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 24 ноември 2010 година за създаване на Европейски надзорен орган (Европейски банков орган), за изменение на Решение № 716/2009/ЕО и за отмяна на Решение 2009/78/ЕО на Комисията (ОВ L 331, 2010 г., стр. 12).

[4] Решение от 13 декември 1989 г., Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646; „решението Grimaldi“).

[5] Решение от 22 октомври 1987 г., Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452; „решението Foto-Frost“).

[6] Решение от 20 февруари 2018 г., Белгия/Комисия (C-16/16 P, EU:C:2018:79; „решението Белгия/Комисия“).

II. Правна уредба

A. Право на Съюза

1. Регламент № 1093/2010

6. С член 1 от Регламент № 1093/2010 се създава Европейски банков орган. В редакцията му, приложима към момента на приемане на спорните насоки, той урежда обхвата на дейността на ЕБО по следния начин:

„2. [ЕБО] действа в рамките на правомощията, предоставени от настоящия регламент, и на приложното поле на Директива 2002/87/ЕО[7], Директива 2009/110/ЕО[8], Регламент (ЕО) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета[9], Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета[10], Директива 2014/49/ЕС на Европейския парламент и на Съвета[11], Регламент (ЕС) 2015/847 на Европейския парламент и на Съвета[12], Директива (ЕС) 2015/2366 на Европейския парламенти и на Съвета[13], и — доколкото тези актове са приложими за кредитните и финансови институции и компетентните органи, които упражняват надзор върху тях, в рамките на приложимите части от Директива 2002/65/ЕО[14] и Директива (ЕС) 2015/849 на Европейския парламент и на Съвета[15] включително на всички директиви, регламенти и решения, основаващи се на тези правни актове, и на всеки друг правно обвързващ акт на Съюза, с който се възлагат задачи на [ЕБО]. [ЕБО] действа също така в съответствие с Регламент (ЕС) № 1024/2013 на Съвета[16].

3. [ЕБО] също така действа в областта на дейност на кредитните институции, финансовите конгломерати, инвестиционните посредници, платежните институции и институциите за електронни пари във връзка с въпроси, които не се уреждат пряко в актовете, посочени в параграф 2, включително по въпроси на корпоративното управление, одита и финансовата

[7] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2002 година относно допълнителния надзор на кредитните институции, застрахователните предприятия и на инвестиционните посредници към един финансов конгломерат и за изменение на Директиви 73/239/ЕИО, 79/267/ЕИО, 92/49/ЕИО, 92/96/ЕИО, 93/6/ЕИО и 93/22/ЕИО на Съвета и Директиви 98/78/ЕО и 2000/12/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (ОВ L 35, 2003 г., стр. 1; Специално издание *на български език, 2007 г., глава 6, том 5, стр. 183*).

[8] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 16 септември 2009 година относно предприемането, упражняването и пруденциалния надзор на дейността на институциите за електронни пари и за изменение на директиви 2005/60/ЕО и 2006/48/ЕО, и за отмяна на Директива 2000/46/ЕО (ОВ L 267, 2009 г., стр. 7).

[9] Регламент от 26 юни 2013 година относно пруденциалните изисквания за кредитните институции и инвестиционните посредници и за изменение на Регламент (ЕС) № 648/2012 (ОВ L 176, 2013 г., стр. 1).

[10] Директива от 26 юни 2013 година относно достъпа до осъществяването на дейност от кредитните институции и относно пруденциалния надзор върху кредитните институции и инвестиционните посредници, за изменение на Директива 2002/87/ЕО и за отмяна на директиви 2006/48/ЕО и 2006/49/ЕО (ОВ L 176, 2013 г., стр. 338).

[11] Директива от 16 април 2014 година относно схемите за гарантиране на депозити (ОВ L 173, 2014 г., стр. 149).

[12] Регламент от 20 май 2015 година относно информацията, придружаваща преводите на средства, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1781/2006 (ОВ L 141, 2015 г., стр. 1).

[13] Директива от 25 ноември 2015 година за платежните услуги във вътрешния пазар, за изменение на директиви 2002/65/ЕО, 2009/110/ЕО и 2013/36/ЕС и Регламент (ЕС) № 1093/2010 и за отмяна на Директива 2007/64/ЕО (ОВ L 337, 2015 г., стр. 35).

[14] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 23 септември 2002 година относно дистанционна търговия на потребителски финансови услуги и за изменение на Директива 90/619/ЕИО на Съвета и на Директиви 97/7/ЕО и 98/27/ЕО (ОВ L 271, 2002 г., стр. 16; Специално издание *на български език, 2007 г., глава 6, том 4, стр. 183*).

[15] Директива от 20 май 2015 година за предотвратяване използването на финансовата система за целите на изпирането на пари и финансирането на тероризма, за изменение на Регламент (ЕС) № 648/2012 на Европейския парламент и на Съвета и за отмяна на Директива 2005/60/ЕО на Европейския парламент и на Съвета и на Директива 2006/70/ЕО на Комисията (ОВ L 141, 2015 г., стр. 73).

[16] Регламент от 15 октомври 2013 година за възлагане на Европейската централна банка на конкретни задачи относно политиките, свързани с пруденциалния надзор над кредитните институции (ОВ L 287, 2013 г., стр. 63).

отчетност, при условие че тази дейност на [ЕБО] е необходима за гарантиране на ефективното и последователното прилагане на тези актове.

[…]

5. Целта на [ЕБО] е да защитава обществените интереси, като допринася за краткосрочната, средносрочната и дългосрочната стабилност и ефективност на финансовата система, в интерес на икономиката на Съюза и на неговите граждани и стопански субекти. [ЕБО] допринася за:

а) подобряването на функционирането на вътрешния пазар, включително по-специално надеждно, ефективно и последователно ниво на регулиране и надзор;

б) осигуряването на целостта, прозрачността, ефикасността и нормалното функциониране на финансовите пазари,

в) засилването на международната надзорна координация,

г) предотвратяването на регулаторния арбитраж и насърчаването на еднакви условия на конкуренция,

д) гарантирането на подходящото регулиране и надзор върху вземането на кредити и други рискове, и

е) подобряването на защитата на потребителите.

За постигането на тези цели [ЕБО] допринася за последователното, ефикасно и ефективно прилагане на актовете, посочени в параграф 2, насърчава конвергенцията на надзорните практики, предоставя становища за Европейския парламент, Съвета и Комисията и извършва икономически анализ на пазарите с оглед насърчаване на постигането на целите на [ЕБО]“.

7. Съгласно член 8 от този регламент, озаглавен „Задачи и правомощия на [ЕБО]“:

„1. [ЕБО] има следните задачи:

а) да допринася за установяването на висококачествени общи регулаторни и надзорни стандарти и практики, по-специално чрез представянето на становища за институциите на Съюза, както и чрез разработване на насоки, препоръки, проекти на регулаторни технически стандарти и технически стандарти за изпълнение, както и на други мерки, които се основават на посочените в член 1, параграф 2 законодателни актове;

[…]

б) да допринася за последователното прилагане на правно обвързващите актове на Съюза, по-специално като допринася за създаването на обща надзорна култура, като осигурява последователно, ефективно и ефикасно прилагане на посочените в член 1, параграф 2 актове, като предотвратява регулаторния арбитраж, като действа като медиатор и като урежда разногласия между компетентните органи, като гарантира ефективен и

последователен надзор върху финансовите институции, като осигурява съгласувана работа на колегиите от надзорници и като предприема действия, inter alia, в извънредни ситуации;

[…]

2. За изпълнението на определените в параграф 1 задачи [ЕБО] разполага с правомощията, предвидени в настоящия регламент, по-специално:

[…]

в) да издава насоки и препоръки, както е предвидено в член 16;

[…]“.

8. Член 9 от Регламент № 1093/2010, озаглавен „Задачи, свързани със защитата на потребителите и финансовите дейности“, гласи следното:

„1. [ЕБО] има водеща роля в насърчаването на прозрачността, яснотата и справедливите условия на пазара на потребителски финансови продукти или услуги в рамките на вътрешния пазар, включително чрез:

а) събиране и анализ на данни и изготвяне на доклади относно потребителските тенденции;

б) извършване на преглед и координиране на образователни инициативи и инициативи за финансова грамотност на компетентните органи;

в) разработване на стандарти за обучение за сектора; както и

г) принос към разработването на общи правила за разкриване на информация.

2. [ЕБО] наблюдава новите и вече съществуващите финансови дейности и може да приема насоки и препоръки с оглед насърчаването на сигурността и стабилността на пазарите и сближаването на регулаторните практики.

[…]“.

9. Член 16 от този регламент е озаглавен „Насоки и препоръки“ и предвижда:

„1. С цел налагане на последователни, ефикасни и ефективни надзорни практики в рамките на [Европейската система за финансов надзор (ЕСФН)] и осигуряване на общо, еднакво и последователно прилагане на правото на Съюза, [ЕБО] издава насоки и препоръки, чиито адресати са компетентните органи или финансовите институции.

2. Когато е целесъобразно, [ЕБО] провежда открити обществени консултации относно насоките и препоръките и анализира свързаните с тях потенциални разходи и ползи. Такива консултации и анализи трябва да са пропорционални на обхвата, естеството и въздействието на насоките или препоръките. Когато е целесъобразно, [ЕБО] също така

иска становища или съвети от Групата на участниците от банковия сектор, посочена в член 37.

3. Компетентните органи и финансовите институции полагат всички усилия за спазване на тези насоки и препоръки.

В срок от два месеца от издаването на насока или препоръка всеки компетентен орган посочва дали спазва или възнамерява да спазва тази насока или препоръка. В случай че компетентен орган не спазва или не възнамерява да спазва тази насока или препоръка, той информира [ЕБО], като излага причините за това.

[ЕБО] оповестява факта, че отделен компетентен орган не спазва или не възнамерява да спазва тази насока или препоръка. [ЕБО] също така може да вземе решение за всеки отделен случай да публикува причините за неспазване на тази насока или препоръка, посочени от компетентния орган. Компетентният орган се уведомява предварително за това публикуване.

Ако това се изисква съгласно съответната насока или препоръка, финансовите институции докладват по ясен и подробен начин дали спазват тази насока или препоръка.

[…]“.

2. Насоките на ЕБО

10. Съгласно раздел 1, точка 1 от Насоките на ЕБО относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно „[т]ози документ съдържа насоки, издадени съгласно член 16 от Регламент (ЕС) № 1093/2010. Съгласно член 16, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 1093/2010, компетентните органи и финансовите институции полагат всички усилия за спазване на насоките“.

11. Съгласно точка 2 от Насоките на ЕБО:

„В насоките е представено становището на ЕБО за подходящите надзорни практики в Европейската система за финансов надзор или за това как правото на Съюза следва да се прилага в дадена област. Компетентните органи, както са дефинирани в член 4, параграф 2 от Регламент (ЕС) № 1093/2010, за които се отнасят тези насоки, трябва да ги спазват, като ги включат в практиките си по подходящ начин (напр. като изменят своята правна рамка или надзорни процеси), включително когато насоките са насочени основно към институциите“.

12. Точка 3 от Насоките, озаглавена „Изисквания за отчетност“, гласи следното:

„Съгласно член 16, параграф 3 от Регламент (ЕС) № 1093/2010 най-късно до 23.05.2016 компетентните органи са длъжни да уведомят ЕБО дали спазват или възнамеряват да спазват тези насоки, в противен случай — за причините за неспазване. При липса на уведомление в този срок ЕБО счита, че компетентните органи не спазват изискването за отчетност […]“.

13. Раздел 2 от Насоките на ЕБО започва с точка 5, която определя техния предмет:

„Настоящите насоки разглеждат създаването на контрола и правилата за управление на продуктите както за изготвящите институции, така и за институциите дистрибутори като неразделна част от общите организационни изисквания, свързани със системите за вътрешен контрол на фирмите. Те се отнасят до вътрешните процеси, функции и стратегии, насочени към създаването на продукти, пускането им на пазара и извършването на преглед през техния жизнен цикъл. Те установяват процедури, които са от значение за гарантиране удовлетворяването на интересите, целите и характеристиките на целевия пазар. Настоящите насоки обаче не засягат това дали продуктите са подходящи за отделните потребители“.

14. Точка 6 от Насоките определя приложното им поле:

„Настоящите насоки са приложими към институции, изготвящи и дистрибутиращи продукти, предлагани и продавани на потребителите, и определят изискванията за контрола и правилата за управление на продуктите във връзка със:

– член 74, параграф 1 от Директива 2013/36/ЕС („Директива за капиталовите изисквания IV (ДКИ IV)“), член 10, параграф 4 от Директива 2007/64/ЕО[17] („Директива за платежните услуги (ДПУ)“) и член 3, параграф 1 от Директива 2009/110/ЕО („Директива за електронните пари (ДЕП)“) във връзка с член 10, параграф 4 от ДПУ; и

– член 7, параграф 1 от Директива 2014/17/ЕС[18] („Директива относно договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители, или Директива за ипотечните кредити (ДИК)“).

15. Точка 7 от Насоките гласи следното:

„Компетентните органи могат да решат да прилагат настоящите насоки спрямо други лица в своите юрисдикции, които не попадат в обхвата на посочените по-горе законодателни актове, но по отношение на които компетентните органи имат надзорни правомощия. По-конкретно, компетентните органи могат да решат да прилагат настоящите насоки спрямо посредници, различни от кредитните посредници по ДИК, като посредници по потребителски кредити“.

16. Точка 8 от Насоките гласи следното:

„Компетентните органи могат да обмислят предоставянето на същите мерки за защита, изложени в настоящите насоки, по отношение на лица, различни от потребителите, като микропредприятията и малките и средни предприятия (МСП)“.

[17] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 ноември 2007 година относно платежните услуги във вътрешния пазар, за изменение на директиви 97/7/ЕО, 2002/65/ЕО, 2005/60/ЕО и 2006/48/ЕО и за отмяна на Директива 97/5/ЕО (ОВ L 319, 2007 г., стр. 1).

[18] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 4 февруари 2014 година относно договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители и за изменение на директиви 2008/48/ЕО и 2013/36/ЕС и Регламент (ЕС) № 1093/2010 (ОВ L 60, 2014 г., стр. 34).

17. Съгласно точка 11 от Насоките:

„Настоящите насоки се отнасят за компетентните органи, както са определени в член 4, параграф 2 от Регламент (ЕС) № 1093/2010, и за финансовите институции, както са определени в член 4, параграф 1 от Регламент (ЕС) № 1093/2010 („Регламентът за ЕБО“)“.

18. Точка 16, озаглавена „Датата на влизане в сила“, поставя края на „въвеждащите“ раздели 1—3. Тази точка гласи, че „[н]асоките се прилагат от 3 януари 2017 г.“.

19. Същинските насоки се съдържат в следващите два раздела: Раздел 4 относно „контрол[а] и правила[та] за управление на продукти за изготвящи институции“ и раздел 5 относно „контрол[а] и правила[та] за управление на продукти за институциите дистрибутори“. В двата раздела общо се съдържат 12 насоки, повечето от които се подразделят на допълнителни правила.

Б. Националното право

20. Обявлението на Надзорния орган за пруденциален надзор и оздравяване от 8 септември 2017 г., озаглавено „Прилагане на насоките на Европейския банков орган относно правилата за управление и контрола на банкови продукти на дребно (EBA/GL/2015/18)“, гласи следното:

„Надзорният орган за пруденциален надзор и оздравяване (ACPR) е заявил, че спазва приложените към настоящото обявление насоки на Европейския банков орган относно правилата за управление и контрола на банкови продукти на дребно (EBA/GL/2015/18).

Тези насоки се прилагат за кредитните институции, платежните институции и институциите за електронни пари, които са под надзора на ACPR и трябва да полагат всички усилия за тяхното спазване, а съгласно параграф 14 от Насоките следва да гарантират спазването им от техните дистрибутори в съответствие с член 16 от Регламент (ЕС) № 1093/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 24 ноември 2010 година за създаване на Европейски банков орган“.

III. Фактите, националното производство и отправените преюдициални въпроси

21. На 22 март 2016 г. на основание член 16 от Регламент № 1093/2010 ЕБО приема Насоки относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно. Насоките се отнасят до компетентните национални органи и до финансовите институции.

22. На 8 септември 2017 г. ACPR, в качеството на компетентния в тази област френски надзорен орган, публикува обявление на своя уебсайт. В него ACPR известява, че се е съобразил с тези насоки. Той уточнява и че Насоките се прилагат за поднадзорните му кредитни институции, платежни институции и институции за електронни пари, които трябва да предприемат всички мерки, за да ги спазват, и да гарантират, че техните дистрибутори също ги спазват.

23. На 8 ноември 2017 г. пред запитващата юрисдикция — Conseil d'État (Държавен съвет, Франция), FBF подава жалба за отмяна на обявлението на ACPR. FBF изтъква, че Насоките на ЕБО, които са станали приложими по силата на обявлението, са невалидни, тъй като ЕБО не е компетентен да ги приема.

24. Запитващата юрисдикция изразява съмнения относно допустимостта и основателността на възражението за невалидност на спорните насоки.

25. Запитващата юрисдикция счита, че допустимостта на такова възражение за невалидност за целите на преюдициалното запитване зависи от това дали срещу спорните насоки може да бъде подавана жалба за отмяна на основание член 263 ДФЕС и дали професионална федерация като FBF може да подаде такава жалба.

26. Що се отнася до основателността на това възражение, запитващата юрисдикция отбелязва, че Насоките на ЕБО се позовават на няколко законодателни акта на Съюза, но нито един от тях, освен Директива 2014/17, не предвижда изрично разпоредба относно управлението на банкови продукти на дребно, което представлява обхванатата от Насоките материя. Освен това нито един от тези законодателни актове не предвижда разпоредба, която да оправомощава ЕБО да издава насоки относно управлението на банкови продукти на дребно. От Регламент № 1093/2010 обаче следва, че ЕБО трябва да допринася за гарантиране на подходящото регулиране и надзор върху вземането на кредити и други рискове и за подобряване на защитата на потребителите. Това са цели, за чието постигане спомага именно управлението на банковите продукти на дребно.

27. В този фактически и правен контекст Conseil d'État (Държавен съвет) решава да спре производството и да отправи до Съда следните преюдициални въпроси:

„1. Може ли жалбата за отмяна, предвидена в разпоредбите на член 263 [ДФЕС], да бъде подадена срещу насоките, издадени от европейски надзорен орган? Ако е така, допустимо ли е професионална федерация да оспори с жалба за отмяна валидността на насоки, адресирани до членовете, чиито интереси тя защитава, които насоки обаче не се отнасят до нея нито пряко, нито лично?

2. При отрицателен отговор на някой от двата въпроса по точка 1°, може ли преюдициалното запитване, предвидено в член 267 [ДФЕС], да бъде отправено относно насоките, издадени от европейски надзорен орган? Ако е така, допустимо ли е професионална федерация да оспори с възражение валидността на насоки, адресирани до членовете, чиито интереси тя защитава, които насоки обаче не се отнасят до нея нито пряко, нито лично?

3. В случай че е допустимо Fédération bancaire française да оспори с възражение насоките, приети от Европейския банков орган на 22 март 2016 г., превишил ли е той с издаването им правомощията, предоставени му с Регламент № 1093/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 24 ноември 2010 година за създаване на Европейски надзорен орган (Европейски банков орган)?“.

28. Писмени становища представят FBF, ACPR, френското и полското правителство, Европейската комисия и ЕБО. В съдебното заседание от 20 октомври 2020 г. същите страни, с изключение на полското правителство, представят и устни становища.

IV. Анализ

29. Структурата на настоящото заключение е следната. Ще започна с предварителни бележки по въпросите на запитващата юрисдикция и по (не)задължителния характер на спорните насоки (А). След това ще разгледам поставените от запитващата юрисдикция въпроси в обратен ред, като започна с третия въпрос, за да определя дали спорните насоки действително са били приети от ЕБО в рамките на неговите правомощия (Б). След като стигна до заключението, че ЕБО действително е превишил правомощията си, ще се спра на първия и втория въпрос, както и на няколко други аспекти на общата връзка между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС, що се отнася до незадължителни актове на Съюза (В).

А. Предварителни бележки

1. Дело, което на пръв поглед изглежда ясно?

30. От определена гледна точка това дело е доста лесно. Ако поставените въпроси се разглеждат отделно от висящото дело и получат отговор в реда, в който са поставени, отговорите не биха били толкова трудни.

31. Първият въпрос е недопустим. Настоящото дело е образувано по преюдициално запитване съгласно член 267 ДФЕС. В този процесуален контекст е съвсем хипотетичен въпросът дали същото евентуално може да бъде образувано по жалба за отмяна съгласно член 263 ДФЕС. В същия ред на мисли въпросът дали професионална федерация може да обжалва спорните насоки в рамките на това производство не е релевантен за разрешаване на главното производство.

32. Отговорът на втория въпрос също е ясен. Макар въпросът да е допустим, отговорът лесно може да се изведе от съществуващата съдебна практика. След решение Grimaldi Съдът последователно подчертава, че член 267 ДФЕС предоставя на Съда компетентност да се произнася преюдициално относно валидността и тълкуването на всички актове на институциите на Съюза „без никакво изключение“ [19]. Следователно незадължителни актове на Съюза безспорно могат да бъдат предмет на преюдициално запитване за преценка на валидността [20].

33. Освен това подвъпросите относно процесуалната легитимация на професионалните сдружения, които са общи за първия и втория въпрос, не са релевантни в рамките на производството по преюдициално запитване. Само националната юрисдикция може да реши дали да сезира Съда с преюдициално запитване съгласно член 267 ДФЕС [21]. Според Съда всяка страна има право в рамките на националното производство да изтъква пред

[19] Вж. решение Grimaldi (т. 8), решение от 13 юни 2017 г., Florescu и др. (C-258/14, EU:C:2017:448, т. 30), решение Белгия/Комисия (т. 44) и решение от 27 февруари 2018 г., Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, т. 44). Вж. също в контекста на препоръки на ЕБО заключението на генералния адвокат Campos Sánchez-Bordona по дело Българска народна банка (C-501/18, EU:C:2020:729, т. 95—102).

[20] Що се отнася до препоръки на Съюза, вж. решения Grimaldi (т. 8—18) и Белгия/Комисия (т. 44).

[21] Вж. като пример решение от 18 юли 2013 г., Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, т. 28 и цитираната съдебна практика).

сезираната юрисдикция невалидността на акт на Съюза и да накара тази юрисдикция, която не е компетентна сама да установява такава невалидност, да отправи във връзка с това преюдициален въпрос до Съда [22].

34. В останалата си част обаче правото на Съюза не урежда въпроса кой трябва да бъде страна пред националната юрисдикция. Ако националното право позволява да се правят такива възражения, то отново ще попадне в изключителната компетентност на националната юрисдикция да реши дали счита за необходимо (или има задължение) да сезира Съда. Така въпросът дали FBF е процесуално легитимирана да повдигне възражение за невалидност пред националната юрисдикция срещу акт на Съюза е уреден в националното право.

35. Така, отговаряйки на въпросите в реда на тяхното представяне и разглеждайки първите два въпроса абстрактно, отделени от фактите по случая, лесно и бързо може да се достигне до третия въпрос и да се приеме, че въпросът за правомощието на ЕБО да приеме спорните насоки е единственият реален въпрос по настоящото дело.

36. Не смятам обаче, че е целесъобразно да се следва този пряк път. Всъщност обхватът и мащабът на първия и втория въпрос се изясняват напълно именно докато се формулира отговорът на третия въпрос и последиците от него, и то ако тези въпроси не се разглеждат *абстрактно*, а в *конкретния контекст* на настоящото дело.

37. Освен това несъмнено такова опростено разглеждане на трите въпроса няма да е от полза за запитващата юрисдикция. Всъщност от акта за преюдициално запитване, по-специално разгледан във връзка с разяснителното становище на докладчика на Conseil d'État (Държавен съвет) по това дело [23], е видно, че запитващата юрисдикция е запозната с относимата практика на Съда в тази област. От тези документи следва, че тя всъщност иска да установи до какъв точно извод може да я доведе тази съдебна практика в конкретен случай като този, с който е сезирана.

38. Именно в този контекст запитващата юрисдикция иска да установи по-специално съотношението между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС, що се отнася до актове на „мекото законодателство“, и по-конкретно в случаите, когато националната юрисдикция предвижда съдебен контрол по отношение на незадължителни *национални* актове, докато в рамките на жалба за отмяна Съдът не допуска контрол върху незадължителни актове на *Съюза*. Тази проблематика е в основата на въпроса за паралела (или неговата липса) между двата вида производства, по-специално що се отнася до положението на професионалните сдружения в двата вида производства. Този въпрос е свързан и с друг проблем, също посочен от запитващата юрисдикция в акта за преюдициално запитване, който се отнася до факта, че в производството по преюдициално запитване е налице взаимовръзка между контрола на национално и на европейско равнище: длъжни ли са по силата на решение Foto-Frost националните юрисдикции да отправят до Съда преюдициални въпроси относно валидността на незадължителен акт на Съюза, когато извършват съдебен контрол на национален акт, с който този акт на Съюза става приложим на национално равнище по отношение на отделни адресати?

[22] Вж. например решение от 27 ноември 2012 г., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, т. 39 и цитираната съдебна практика).

[23] Становище на г-жа Emilie Bokdam, докладчик, от 4 декември 2019 г. по дело № 415550 — Fédération bancaire française (достъпно на: https://www.conseil-etat.fr).

39. С оглед на това, доколкото отговор първо на третия въпрос ще спомогне за изясняването на по-общата проблематика, свързана с първия и втория въпрос, предпочитам да започна с третия въпрос, след което да се върна към структурните въпроси. Така конкретният пример с приетите от ЕБО Насоки дава добра илюстрация на структурните въпроси, свързани с контрола на Съда върху акт на „мекото законодателство“.

2. Представляват ли спорните насоки същински незадължителен акт?

40. Преди да се пристъпи обаче към третия въпрос, следва да се разгледа друг предварителен проблем: представляват ли спорните насоки *същински* незадължителен акт, който *не* поражда задължително правно действие, както изтъкват всички страни в производството? Това, което може да изглежда като общо твърдение, обаче е важно изходно положение за по-нататъшната дискусия. Всъщност този проблем е заложен в първата част на първия въпрос, тъй като постоянната съдебна практика изключва съдебния контрол по член 263 ДФЕС по отношение на същинските актове на „мекото законодателство“. За сметка на това, ако този акт е породил задължително правно действие (и следователно само „привидно“ е акт на „мекото законодателство“), той би подлежал на контрол по член 263 ДФЕС (поне ако се предположи, че актът засяга пряко и лично жалбоподателя).

41. Действително съгласно постоянната практика на Съда за „обжалваеми актове“ по смисъла на член 263 ДФЕС се считат всички приети от институциите разпоредби, без оглед на тяхната форма, които имат за цел да породят задължително правно действие. За да се определи дали обжалваният акт поражда задължително правно действие, следва да се съобрази същността на акта и въпросните последици да се преценят с оглед на обективни критерии, като съдържанието на акта, като евентуално се държи сметка и за контекста на приемането му и правомощията на издалата го институция[24].

42. Пораждат ли спорните насоки задължително правно действие с оглед на този традиционен критерий?

43. От една страна, вярно е, че първо, в спорните насоки се използват незадължителни формулировки. Същинските насоки, които се отнасят до изготвящите институции и институциите — дистрибутори на банкови продукти, и се съдържат в раздели 4 и 5 от Насоките, използват думата „should” (бел. пр. в превод от английски език: „би следвало да“), а не „shall“ (бел. пр. в превод от английски език: „трябва да“ или „е длъжен да“). Второ, няма задължение за компетентните органи[25] да ги спазват. Член 16, параграф 3, втора алинея от Регламент № 1093/2010 задължава всеки компетентен орган да посочи дали спазва или възнамерява да спазва насоките, приети от ЕБО. В случай че компетентен орган не ги спазва или не възнамерява да ги спазва, той трябва да информира ЕБО, като излага причините за това[26]. Трето, когато се преценяват контекстът и правомощията на

[24] Вж. например решения от 31 март 1971 г., Комисия/Съвет (22/70, EU:C:1971:32, т. 39 и 42), от 25 октомври 2017 г., Румъния/Комисия (C-599/15 P, EU:C:2017:801, т. 47 и 48), и решение Белгия/Комисия (т. 31 и 32).

[25] Както са определени в член 4, точка 2 от Регламент № 1093/2010 (по същество — националните регулаторни органи).

[26] Въпреки това точка 3 от първия раздел на Насоките гласи: „[п]ри липса на уведомление в [двумесечен] срок ЕБО счита, че компетентните органи не спазват изискването за отчетност“. Доста интригуващо е да се види в концептуален план, че дадена точка от незадължителни насоки има за цел да измени (или дерогира) задължение, което ясно е наложено от текста на член 16, параграф 3 от Регламент № 1093/2010. Тъй като обаче в действителност точка 3 не налага никакво допълнително задължение, а по-скоро предвижда освобождаване от него, като създава презумпция за „мълчалив отказ“, от техническа гледна точка *не се налага ново* правно задължение. Остава само объркването по въпроса как незадължителни насоки могат да изменят съдържанието на правно задължение, съдържащо се в регламент.

съответната агенция, спорът неизменно се завърта в един и същ кръг от доводи, които вече посочих на друго място[27]: i) тъй като ЕБО със сигурност е знаел, че неговите насоки не са задължителни, ii) следователно не би могъл да има намерение да приеме нещо, което е задължително, и iii) следователно е очевидно, че органът, който приема акта, въобще не е имал намерение да приема задължителен правен акт.

44. На тази основа без съмнение може да се заключи, че спорните насоки сами по себе си не пораждат задължително правно действие.

45. От друга страна обаче, тези насоки са приети в контекста на редица придружаващи ги механизми, с оглед на които, разгледани в светлината на Регламент № 1093/2010 като тяхно правно основание, тези актове може разумно да се възприемат като изискващи тяхното спазване от адресатите им.

46. Първо, в съответствие с член 16, параграф 3, първа алинея от Регламент № 1093/2010 раздел 1, точка 1 от спорните насоки предвижда, че компетентните органи и финансовите институции „полагат всички усилия за спазване на насоките“. Без да се прави задълбочен анализ на точното значение на израза „полагат всички усилия“, може да се предположи, че спорните насоки не са приети с намерението да бъдат просто пренебрегнати от техните адресати, особено ако им се вменява задължение да полагат такива усилия.

47. Второ, кой по-точно е адресатът? Макар съгласно точка 11 от спорните насоки те формално да са адресирани до компетентните органи и финансовите институции[28], ясно е, че финансовите институции са тези, които в крайна сметка ще трябва да изпълнят задълженията, и като такива са действителните адресати. Тази логика произтича от съдържанието на Насоките в раздели 4 и 5, които се отнасят изключително до изготвящите институции и институциите — дистрибутори на банкови продукти.

48. От систематична гледна точка насоките много наподобяват директивите: макар формално да са адресирани до държавата членка, техните разпоредби в крайна сметка са предназначени да уредят поведението на частноправните субекти, които нямат друг избор освен да ги прилагат. Компетентните органи не са действителните адресати на тези задължения; тяхната задача е само да изберат дали да ги спазват или не. След като това решение бъде взето обаче, първоначално незадължителният характер става изцяло задължителен, тъй като „номиналният адресат“ (компетентният надзорен орган) на практика се превръща в „прилагащ орган“. Така действителните адресати на насоките, а именно финансовите институции, имат съвсем малък, или дори никакъв избор, дали да ги спазват или не.

49. Освен това, с оглед на тълкуването на точка 6 във връзка с точки 7 и 8 от спорните насоки[29] дори не става ясно дали формалното решение на даден компетентен орган да не ги спазва на практика освобождава финансовите институции от задължението да полагат „всички усилия за спазване на насоките“. Неспазването на насоките от компетентните органи може само да означава, че те няма да предприемат мерки за прилагането им, без да

[27] Вж. заключението ми по дело Белгия/Комисия (т. 76—79).

[28] Докато член 16, параграф 1 от Регламент № 1093/2010 предвижда, че ЕБО издава насоки, адресирани до компетентните органи *или* финансовите институции.

[29] След като в точка 7 от спорните насоки се уточнява, че компетентните органи „могат да решат“ да ги прилагат спрямо лица, различни от изготвящите институции и институциите — дистрибутори на финансови продукти, във връзка с посочените в тях законодателни актове, би могло да се приеме, че Насоките по подразбиране ще се прилагат към тези лица независимо от възприетото от компетентните органи становище.

се засяга самото задължение на финансовите институции. С други думи, тези насоки могат да имат собствен живот по отношение на финансовите институции независимо от възприетото от компетентните органи становище.

50. На трето място, и във връзка с предходната точка, когато компетентните органи решат да ги спазват, финансовите институции действително биват обвързани от спорните насоки на национално равнище поради тяхното „прилагане“ или „въвеждане“ от компетентния национален орган. В настоящия случай, като известява в обявлението си, че спазва спорните насоки, ACPR прави съдържанието им de facto задължително за финансовите институции във Франция. В това отношение следва да се подчертае, че за разлика от директивите, чието съдържание най-напред трябва да бъде транспонирано под формата на национално право, съдържанието на Насоките става приложимо чрез обявлението на ACPR до всички „кредитни институции, платежни институции и институции за електронни пари, намиращи се под надзора на ACPR“ [30].

51. Последната точка относно ефективното прилагане на национално равнище следва да бъде ясно обяснена. След като компетентният национален орган избере да ги спазва, спазването им подлежи на принудително изпълнение в тази държава членка. Според докладчика на Conseil d'État (Държавен съвет) в спора по главното производство неспазването на Насоките не може да доведе *пряко* до налагане на санкция. Съдържанието на Насоките обаче се състояло от добри практики, към които финансовите институции трябвало да се придържат. Ако институциите не следват тези добри практики, това можело да се възприеме като лоша практика от тяхна страна. Въз основа на това ACPR можел да отправя индивидуални предупреждения, чието неспазване по същество би изложило тези финансови институции на дисциплинарни производства [31].

52. Накратко, в съответствие с традиционното определение на акт от правото на Съюза, пораждащ задължително правно действие по смисъла на член 263 ДФЕС, съгласен съм, че Насоките — особено ако се разглеждат единствено на равнището на Съюза — могат да се считат за същински акт на „мекото законодателство“ с незадължителна сила. Когато обаче този критерий се прилага в случаи като настоящия, този класически подход не предоставя отговор, а по-скоро красноречиво показва естеството на проблема.

53. Критерият за преценка дали даден акт от правото на Съюза подлежи на контрол трябва да се съсредоточи върху въпроса дали разумно може да се приеме, че актът подтиква (или дори ефективно изисква) от адресата си да го спазва. Резултатът трябва да бъде изразен в степени с оглед на континуума от правно действие, но логично съсредоточавайки се върху конкретното действие, което обжалваният акт поражда за правното положение на адресатите си. Ако проблемът се състои в хибридни форми на управление, правното средство за защита също може да бъде хибридно, което логично е приспособено към точния вид на породеното и считано за проблемно действие. Както обаче бе показано наскоро с решение Белгия/Комисия, Съдът остава съсредоточен върху акта и неговия автор, без да взема предвид реалния живот на правния акт и неговите адресати, въртейки се по този начин в кръг, в който естеството на акта се определя от волята на неговия автор и обратно. В крайна сметка само един от двата резултата е възможен в такъв бинарен свят: или ще има правно действие, което е изцяло задължително, или изобщо няма да има такова действие.

[30] Вж. по-горе точка 20 от настоящото заключение. Както ясно се посочва в това обявление, спорните насоки са само „приложени“ към обявлението така, както са приети.

[31] Вж. становището на г-жа Bokdam, стр. 5 (вж. бележка под линия 23 по-горе).

54. Не бих искал да повтарям доводи, които вече не са били възприети от Съда[32]. Тук по-скоро бих искал да поясня как този избор влияе върху настоящото дело. Регулаторните и съдебните равнища в Съюза и в държавите членки са като скачени съдове поне в рамките на производството по преюдициално запитване. Това обстоятелство усложнява още веднъж настоящото дело, в което традиционният подход актът от правото на Съюза да се разглежда само и единствено на равнището на Съюза става проблематичен: това, което вероятно все още може да се тълкува като „меко законодателство“, когато се гледа само и единствено на равнището на ЕБО и компетентните национални органи, се превръща в нещо съвсем различно едно ниво по-надолу на равнището на държавите членки. На това равнище „мекото законодателство“ вече не е толкова „меко“ и може дори да се превърне в истинско „твърдо законодателство“. Следва да се отбележи, че правото на Съюза без съмнение не забранява това. Всъщност е точно обратното: цялата система е предназначена да функционира именно по този начин.

55. В обобщение, що се отнася до техните действителни адресати, които на национално равнище се състоят от финансовите институции, Насоките несъмнено са в много по-малка степен „меки“, отколкото биха били ако фокусът е върху равнището на компетентните национални органи. Въпреки това като изходна презумпция действително може да се приеме, че що се отнася до класическия подход на Съда по отношение на актовете на Съюза, които не пораждат задължително правно действие, е малко вероятно спорните насоки да се считат от Съда за задължителни и следователно, да подлежат на контрол съгласно член 263 ДФЕС.

Б. По третия въпрос: превишил ли е ЕБО правомощията, които има съгласно Регламент № 1093/2010?

56. Според FBF спорните насоки уреждат управлението на продукти. Те нямали правно основание, доколкото не можело да се приеме, че прилагат законодателните актове, посочени в член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010, тъй като последните уреждали основно корпоративното управление. При приемането на спорните насоки най-вероятно ЕБО е черпил вдъхновение от Директива 2014/65/ЕС[33], която урежда управлението на финансовите продукти и в която централно място заемат понятието „целеви пазар“ и разграничението между изготвящи институции и институции дистрибутори.

57. Комисията до голяма степен споделя същото становище като FBF. Тя обаче счита, че спорните насоки не остават изцяло извън обхвата на компетентността на ЕБО, доколкото имат връзка с член 7, параграф 1 от Директива 2014/17. Последният позволявал да се регулира управлението на продукти, да се идентифицират целеви пазари и да се прокарва разграничение между изготвящи институции и институции дистрибутори. По отношение на всичко останало обаче Насоките били извън компетентността на ЕБО и според Комисията трябва да бъдат обявени за невалидни.

58. ACPR, френското и полското правителство, както и ЕБО застъпват противоположното становище. Според ACPR, френското правителство и ЕБО последният има право да приема насоки извън строго очертаното приложно поле на законодателните актове по член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010, тъй като член 1, параграф 3 от него разширява

[32] В заключението ми по дело Белгия/Комисия (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

[33] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 15 май 2014 година относно пазарите на финансови инструменти и за изменение на Директива 2002/92/ЕО и на Директива 2011/61/ЕС (ОВ L 173, 2014 г., стр. 349).

правомощията на ЕБО и по отношение на въпроси, които не се уреждат в тези актове. Във всеки случай управлението на продукти и корпоративното управление били взаимосвързани, така че не можело да се счита, че спорните насоки са извън компетентността на ЕБО. Според същите встъпили страни, както и полското правителство, действията на ЕБО са законосъобразни и тъй като Регламент № 1093/2010 изрично цели да осигури защитата на потребителите. ЕБО имал правомощие да приеме спорните насоки, доколкото те обслужвали именно тази цел. Така според ACPR и ЕБО трябвало да се направи само *обща преценка* на правомощието на ЕБО да приема насоки. Подобна обща преценка водела до извода, че ЕБО е имал правомощие да приеме спорните насоки.

59. В следващите раздели ще изложа несъгласието си със становищата на ACPR, френското и полското правителство, както и на ЕБО. Макар спорните насоки да могат, ако се преценяват общо, да се впишат донякъде в рамките на Регламент № 1093/2010 (1), ще обясня защо не мисля, че в контекста на незадължителни актове следва да се извършва подобна не толкова интензивна или снизходителна преценка (2). Предвид несъвместимостта на спорните насоки с Регламент № 1093/2010 остава въпросът каква следва да е формалната последица от тази констатация (3).

1. Съвместимост на спорните насоки с Регламент № 1093/2010 по отношение на правомощията на ЕБО

60. Спорните насоки се отнасят до въвеждането на правила за управление на банкови продукти на дребно. По-специално тези насоки препоръчват на изготвящите институции да идентифицират съответните целеви пазари и да гарантират, че продуктите са подходящи за тези пазари [34]. В Насоките се препоръчва и тестването на продуктите, за да може да се прецени как продуктът би се отразил върху потребителите в широк диапазон от сценарии [35]. Освен това изготвящите институции следва да избират институции дистрибутори, които са подходящи за конкретния целеви пазар, и следва да могат да предоставят на тези институции дистрибутори информация за характеристиките и рисковете на продукта за потребителите [36]. От своя страна институциите — дистрибутори на банкови продукти, следва да оповестяват пред потребителя описание на основните характеристики на продукта и свързаните с него рискове [37].

61. Съгласно раздел 2, точка 6 спорните насоки са приложими към институции, изготвящи и дистрибутиращи продукти, предлагани и продавани на потребители, във връзка с четири разпоредби от конкретни законодателни актове, а именно член 74, параграф 1 от Директива 2013/36, член 10, параграф 4 от Директива 2007/64, член 3, параграф 1 от Директива 2009/110 и член 7, параграф 1 от Директива 2014/17. Компетентните органи също така „могат да решат да прилагат настоящите насоки спрямо други лица в своите юрисдикции, които не попадат в обхвата на посочените по-горе законодателни актове, но по отношение на които компетентните органи имат надзорни правомощия“ [38].

[34] Насока 3.

[35] Насока 4.

[36] Насоки 7 и 8.

[37] Насока 12.

[38] Вж. точка 7 от спорните насоки.

62. При сравнение на посоченото приложно поле с реалното съдържание на Насоките изглежда доста ясно, както по същество твърдят FBF и Комисията, че предвид правното си основание спорните насоки надхвърлят границите на позволеното от Регламент № 1093/2010.

63. Съгласно член 16, параграф 1 от Регламент № 1093/2010 „[с] цел налагане на последователни, ефикасни и ефективни надзорни практики в рамките на ЕСФН и осигуряване на общо, еднакво и последователно прилагане на правото на Съюза, [ЕБО] издава насоки и препоръки, чиито адресати са компетентните органи или финансовите институции“.

64. Съгласно член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010 ЕБО действа в рамките на правомощията, предоставени с този регламент, *и* на приложното поле на няколко изброени в него законодателни актове *и* на всеки друг правно обвързващ акт на Съюза, с който му се възлагат задачи. По силата на член 1, параграф 3 ЕБО също така действа в областта на дейност на различните финансови институции, посочени в тази разпоредба, „във връзка с въпроси, които не се уреждат пряко в актовете, посочени в параграф 2 […], *при условие че* тази дейност на [ЕБО] е *необходима* за гарантиране на ефективното и последователното прилагане на *тези актове*“ [39].

65. От този текст ясно следва, че какъвто и да е видът на приетата мярка, ЕБО трябва да действа единствено в (материалноправните) граници на тези законодателни актове. Няколко други разпоредби от Регламент № 1093/2010 относно задачите и правомощията на ЕБО също потвърждават, че тези актове очертават целия хоризонт на действие на ЕБО [40]. Следователно спорните насоки следва да се оценяват с оглед на съдържанието и обхвата на тези актове.

66. Що се отнася до Директиви 2013/36, 2007/64 и 2009/110, които конкретно са посочени в спорните насоки във връзка с приложното поле на последните [41], е видно, че всички те са законодателни актове, към които препраща член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010 [42]. Следователно ЕБО по принцип има правомощие да приема насоки във връзка с прилагането на тези актове.

67. Съществува обаче явно несъответствие между предмета на тези актове и този на насоките. Докато последните предвиждат специални „правила“ относно управлението на *продуктите*, първите са свързани с *корпоративното* управление, като предвиждат по-специално вътрешни процедури в рамките на финансовите институции, ясни организационни структури с последователни правила за отговорност, както и процедури за управление на риска и капиталови изисквания. Не е ясно как насоки относно управлението на *продуктите* допринасят за ефективното и последователно прилагане на актове, свързани с *корпоративното* управление, особено в краткосрочен план. Докато последните актове се отнасят до рисковете, свързани с нефункционалното корпоративно управление в дългосрочен план (следователно структурен въпрос), спорните насоки се стремят да уредят вътрешните процедури относно управлението на продуктите, които имат отражение върху

[39] Курсивът е мой.

[40] Вж. в глава II и като примерно изброяване член 8, параграф 1, букви а) и б), член 9, параграф 5, член 10, параграф 1, член 15, параграф 1 и член 17, параграфи 1 и 6 от Регламент № 1093/2010.

[41] По-специално съответно член 74, параграф 1, член 10, параграф 4 и член 3, параграф 1, както са изброени в точка 6 от раздела от Насоките.

[42] В приложимата ratione temporis редакция на член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010 вместо Директива 2010/64 се споменава Директива 2015/2366, тъй като последната заменя първата.

краткосрочните резултати. Следователно видът (и степента) на риска, уредени от спорните насоки, от една страна, и от законодателните актове, посочени в член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010, от друга страна, са различни.

68. Разликата между *управлението на продуктите* и *корпоративното управление* като предмет на регулиране не е само теоретична. Аналогичен пример от друга област като автомобилната промишленост може да допринесе за илюстриране на тази разлика. Корпоративното управление изисква от производителите на автомобили да прилагат контролни механизми на всеки етап от производството, да разполагат с прозрачна организационна структура, да определят ясно кой за какво носи отговорност, да разполагат със системи за разрешаване на евентуални проблеми и т.н. Всички тези правила са свързани с правилното функциониране на дружеството. За разлика от това, управлението на продуктите изисква производителите на автомобили да идентифицират съответния целеви пазар на новия автомобил, да проучват начина, по който един нов модел автомобил се вписва в гамата от съществуващи автомобили, и дали наличието на твърде богат избор за автомобили пречи на потребителя да вземе информирани решения. Тези „правила“ нямат много общо с вътрешното функциониране на дружеството; те имат за цел да уредят процеса на вземане на решения в търговската дейност по отношение на качеството на предлаганите на клиентите стоки. С други думи, правилата за корпоративно управление са свързани с качеството на вътрешните процеси и механизми, които имат за цел да гарантират правилното функциониране на дружеството. Правилата за управление на продуктите се отнасят до търговските решения, които по същество са свързани с продажбите на автомобили.

69. Освен това съм съгласен с FBF, че предметът на тези законодателни актове не е същият като този на Директива 2014/65, която конкретно и изрично урежда управлението на финансовите продукти, предлагани на пазара от доставчиците на инвестиционни услуги[43]. Така ЕБО не може законосъобразно да приема насоки относно управлението на банковите продукти.

70. От друга страна, както отбелязва Комисията, а до известна степен и запитващата юрисдикция, член 7, параграф 1 от Директива 2014/17, който също изрично е посочен в раздел 2, точка 6 от спорните насоки, несъмнено е свързан с продуктите, и по-специално с кредитните продукти. Следователно той би могъл да служи поне частично като подходящо правно основание за спорните насоки.

71. Директива 2014/17 обаче не се отнася до управлението на продуктите в същия смисъл като спорните насоки. Тя по-скоро урежда поведението на кредиторите във всеки отделен случай и методиката за вземане на решение дали да се отпусне кредит на даден клиент. Освен това, макар някои разпоредби от Директива 2014/17 да оправомощават ЕБО да приема определени правила[44], никоя от тези разпоредби не се отнася конкретно до правилата за управление на продуктите и не предвижда приемането на насоки в съответните области.

[43] Което не е посочено в член 1, параграф 2 от Регламент № 1093/2010, тъй като Директива 2014/65 всъщност оправомощава Европейския орган за ценни книжа и пазари (ЕОЦКП) — а не ЕБО — да приема насоки относно управлението на продуктите. Вж. в това отношение Насоки на ЕОЦКП от 5 февруари 2018 г. относно изискванията за управление на продукта по ДПФИ II (ESMA35—43—620).

[44] Като членове 29, 34, 37 и приложение 2 към Директива 2014/17.

72. Ето защо изпитвам известни затруднения да се осланям на Директива 2014/17, за да разгледам въпроса за компетентността на ЕБО да приеме обжалваните насоки. Реално, дори ако Директива 2014/17 се признае за действително правно основание в настоящия случай, което не е така, възниква въпросът каква е практическата последица от това само една от четирите цели да се увенчае с успех. Становищата на Комисията илюстрират доста добре този въпрос.

73. Според Комисията Съдът следва да счете спорните насоки за невалидни *в частта, в която се отнасят до* i) член 10, параграф 4 от Директива 2007/64, ii) член 3, параграф 1 от Директива 2009/110 и iii) член 74, параграф 1 от Директива 2013/36. В същото време Комисията посочва и че Съдът следва да постанови валидността на спорните насоки *в частта, в която се отнасят до* член 7, параграф 1 от Директива 2014/17 (или, за да възпроизведа нейното предложение в пълнота, че по тази точка анализът не разкрива нищо, което да постави под съмнение валидността на насоките).

74. Трябва да призная, че до известна степен недоумявам какво на практика ще представлява диспозитивът на едно такова съдебно решение. Означава ли това, че насоките остават „валидни“, но приложното им поле би било ограничено по съдебен ред само до договорите за кредити за жилищни недвижими имоти за потребители? Остават ли в такъв случай те приложими само за финансовите институции, когато предлагат такива конкретни продукти? Или въз основа на това ще трябва всички насоки една по една да се разгледат и анализират още по-задълбочено?

75. С оглед на тези съображения единствената разумна възможност, изглежда, е че Насоките трябва да се оставят в сила или да се отменят в тяхната цялост. Според мен спорните насоки в тяхната цялост не попадат в обхвата нито на законодателните актове, изброени в Регламент № 1093/2010, нито на актовете, които възлагат конкретни задачи на ЕБО. Следователно ЕБО е превишил правомощията си, като е приел насоки, чийто предмет не попада в обхвата на тези законодателни актове.

2. Каква трябва да е степента на интензивност на контрола върху незадължителните актове на Съюза?

76. Ако в конкретния случай се прилагаше обичайният контрол, би се стигнало до междинното заключение по-горе. Под „обичаен“ имам предвид контрола, който Съдът обикновено извършва, и със същия интензитет, когато проверява валидността на актове, пораждащи задължително правно действие [45].

77. Следва обаче да се постави въпросът дали актове, за които се твърди, че не пораждат задължително правно действие, трябва изобщо да бъдат предмет на този обичаен вид контрол. В крайна сметка, ако не са задължителни, защо някой, включително Съдът, трябва да се занимава с тях? Защо е необходимо да се следи дали даден орган на Съюза е превишил обхвата на своята компетентност, ако никой не е длъжен да обръща каквото и да било внимание на онова, за което той се застъпва? Тези съображения обосновават, поне що се отнася до същинските актове на „меко законодателство“, извършването на един *по-снизходителен* контрол, ако изобщо следва да се извършва някакъв контрол.

[45] Вж. в общ план за признание относно различния интензитет на съдебния контрол по член 263 ДФЕС например решение от 18 март 2014 г., Комисия/Парламент и Съвет (C-427/12, EU:C:2014:170, т. 40) или решение от 30 април 2019 г., Италия/Съвет (Квота за риболов на средиземноморската риба меч) (C-611/17, EU:C:2019:332, т. 57 и 120).

78. По същество това е в съответствие с логиката, застъпвана от ACPR и ЕБО в съдебното заседание, че степента на контрол върху незадължителните актове на Съюза би трябвало да бъде по-ниска от тази на задължителните актове, изисквайки само *обща* оценка на такива незадължителни актове. Този довод по същество означава, че макар стриктно погледнато незадължителните актове да не попадат в обхвата на правомощията на ЕБО, фактът, че *повече или по-малко* те могат да попаднат в този обхват, е достатъчен, за да се установи законосъобразността на насоките на ЕБО. По-специално, що се отнася до разпределянето на правомощията, авторите на незадължителни актове се ползвали по-скоро с известна свобода на действие, отколкото да им се налагат строги ограничения. На практика такива актове следва да бъде отменени само ако те *очевидно* остават извън пределите на предоставените на техния автор правомощия.

79. Действително от определена гледна точка вероятно управлението на продукти не е много по-различно от корпоративното управление, ако и двете бъдат разгледани абстрактно и телеологично. И двете оказват влияние върху стабилността на финансовата система. Както подчертава ЕБО в съдебното заседание, общата цел на насоките е да се препоръчат вътрешни процеси, които ще премахнат прекомерния риск, тъй като поемането на непредпазливи рискове бе в основата на финансовата криза, възникнала през 2008 г. Ефективният контрол и правила относно продуктите, гарантиращи, че финансовите продукти отговарят на изискванията на целевите пазари, могат да подобрят икономическите резултати на финансовата институция и да намалят риска от несъстоятелност.

80. Освен това, както изтъкват ACPR, френското и полското правителство и ЕБО, все пак може да се приеме, че Насоките на ЕБО попадат в мандата на ЕБО, тъй като Регламент № 1093/2010 изрично цели защитата на потребителите. Вярно е, че защитата на потребителите представлява важна цел, преследвана с Регламент № 1093/2010. Тази цел се споменава в член 1, параграф 5, буква е)[46], и най-вече в член 9, посветен на „задачи, свързани със защитата на потребителите и финансовите дейности“. Възможно е тази обхватна цел да може да се използва, за да се обоснове дейността на ЕБО в широк диапазон от области.

81. Отчитам тези доводи. Не мога обаче да се съглася с тях нито в конкретния случай, нито по принцип.

82. По отношение на конкретните насоки не считам, че за узаконяването им следва да се възприема широко телеологично тълкуване на обхвата на дейността на ЕБО въз основа на неясно определени „общи цели“. Подобна всеобхватна регулаторна намеса на ЕБО, основана на широко определени цели, не намира опора в самия член 9, параграф 1 от Регламент № 1093/2010. Съгласно тази разпоредба ролята на ЕБО е доста ограничена. Той събира и анализира данни относно потребителските тенденции, извършва преглед и координиране на образователни инициативи и разработва стандарти за обучение. Макар този списък да не е изчерпателен, той разкрива множество различни видове мерки и действия, които са предвидени за ЕБО под заглавието „защита на потребителите“.

[46] Може да се отбележи, че има известно разминаване между текста на английски език на член 1, параграф 5, буква е), в който първоначално се говори за защитата на *клиентите*, и текстовете на другите езици (като френски, немски, италиански, испански, нидерландски или чешки), които се отнасят до защитата на *потребителите*. Вследствие на последните изменения, въведени с Регламент (ЕС) 2019/2175 на Европейския парламент и на Съвета от 18 декември 2019 година (ОВ L 334, 2019 г., стр. 1) на Регламент (ЕС) № 1093/2010, същата разпоредба понастоящем гласи следното: „подобряването на защитата на клиентите и потребителите“. Не искам да извеждам доводи от тази разлика. Просто е интересно да се отбележи законодателната техника, използвана за изясняване на езиковите разминавания чрез включването на всички различни понятия.

83. Освен това прекомерният риск естествено е опасен. Всяко търговско решение обаче крие риск. Вероятността тези опасности да се реализират не е достатъчно основание, за да се позволи на агенция на Съюза да регулира всички тях, особено с „обикновени“ насоки. Ако управлението на продуктите и корпоративното управление се считаха за толкова взаимосвързани, че да обосноват действията на ЕБО по отношение на първото въз основа на законодателни актове относно второто, тогава ЕБО щеше да има право да приема правила вероятно без никакви ограничения в широк спектър от хипотези, които стриктно погледнато нямат нищо общо с корпоративното управление. Не трябва ли ЕБО да има право и да започне да приема насоки относно подбора и повишенията на персонала, относно подбора на доставчици на софтуер, относно функционирането на потребителска телефонна линия или относно процеса на закупуване на мебели? Или в тази връзка, вероятно ЕБО следва да може да регулира безопасността на предпазните колани в служебните превозни средства, използвани от висшето ръководство на дадена финансова институция. Ако тези лица, които са от решаващо значение за стабилността на финансовия сектор, не са надлежно защитени в случай на пътно-транспортно произшествие с автомобил, стабилността на сектора също ще бъде застрашена по някакъв начин.

84. Освен това по принцип има множество и доста сериозни доводи за това защо, ако съдебният контрол върху незадължителни правни актове трябва да се извършва на основание член 267 ДФЕС (което Съдът подчертава, че е така), той трябва да бъде обичаен и стандартен по вид контрол.

85. Първо, да се позволи на институциите, и в по-общ план на многобройните органи на Съюза да издават „правно незадължителни“ актове, подлежащи на ограничен съдебен контрол (например без да се проверява наличието на компетентност), само би насърчило допълнителното разпространение в Съюза на „криптозаконодателство“ под формата на „меко законодателство“. Както обясних в заключението ми по дело Белгия/Комисия[47], органите на Съюза могат чрез „меко законодателство“ да създадат паралелни правила, които заобикалят законодателния процес и могат да окажат въздействие върху институционалното равновесие.

86. Второ, тези практики могат да засегнат не само институционалното (хоризонтално) равновесие, но най-вече общата легитимност на правната уредба надолу по веригата. Все по-големият брой органи на Съюза предизвиква опасения относно легитимността във връзка с упражняването на делегираните административни правомощия. Следователно е необходимо това упражняване да не остане неконтролирано дори и по отношение на незадължителните актове на Съюза[48].

87. Трето, тези доводи придобиват особено значение в обстоятелства, при които вече има „ясно изразено бягство към актове на „мекото законодателство“ в редица нови области на политиката, като банковият съюз и финансовият надзор са ярки примери за това явление. В този контекст е парадоксално, че макар Договорът от Лисабон в крайна сметка да предостави на Съда по подразбиране пълна компетентност по отношение на всички актове, приети от органите и институциите на Съюза, премахвайки структурата със стълбовете[49], която по отношение на правната защита бе непълна, същият проблем може

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

[48] Вж. в този смисъл решения от 13 юни 1958 г., Meroni/Върховен орган (9/56, EU:C:1958:7), от 14 май 1981 г., Romano (98/80, EU:C:1981:104), и от 22 януари 2014 г., Обединено кралство/Парламент и Съвет (C-270/12, EU:C:2014:18).

[49] Вж. още моето заключение по дело Унгария/Парламент (C-650/18, EU:C:2020:985, т. 33—37).

сега отново да започне да се проявява във вътрешен план, като някои области на действие на Съюза, уреждащи поведението на частноправните субекти, отново бъдат изключени от всякакъв контрол, този път по собствената воля на Съда.

88. Четвърто, има още един довод, отнасящ се конкретно до агенциите на Съюза, а не до институциите на Съюза. Макар наистина спрямо всички органи на Съюза да се прилага принципът на предоставената компетентност, освен това на агенциите на Съюза обикновено се предоставя специализиран и доста тесен мандат. Наред с конституционния довод, с оглед на който подобна структура не изисква нещо повече от снизходителен контрол, има и един по-прагматичен довод. Става въпрос за риска от „изобилието от меко законодателство“. Когато няколко агенции или органи имат припокриващи се мандати, в резултат на което те се занимават със сходни или близки въпроси (какъвто отново е случаят в банковата и финансовата област), тълкуването на тези мандати със сравнително висока степен на абстрактност и с оглед на постигането на абстрактни цели би довело само до появата на припокриващи се или дори взаимно противоречащи си актове на „мекото законодателство“.

89. Признавам особения характер на това съображение: как може поначало да има *противоречие* между незадължителни актове? Това, което не е задължително, не може да бъде в противоречие, тъй като не е в състояние да породи правни задължения. Откъде тогава ще дойде противоречието?

90. На пето и последно място, проблемът е, че Съдът явно е отказал да възприеме тази логика, както наскоро бе потвърдено в решение Белгия/Комисия. В заключението ми по това дело[50] предложих възможността да се разчита на формата на правния акт на Съюза, която впоследствие ще определи как да се разглежда съдържанието. Така, ако нещо е наречено „насока“, ще се счита, че то не поражда никакво задължително правно действие и че всеки ще има право да го игнорира изцяло, тъй като става въпрос за насока.

91. Съдът обаче настоява за предходния подход, в рамките на който трябва първо да се определи във всеки отделен случай и независимо от формалното заглавие на даден акт дали той представлява „същински“ или „привиден“ акт на мекото законодателство[51]. От подобен подход обаче по необходимост следва, че преди да се установи дали даден акт представлява същински акт на мекото законодателство, не може да се изключи възможността той на практика да поражда обвързващи правни задължения. Следователно несъмнено е възможно адресатите на дадени правила на Съюза независимо от тяхното естество на практика да се окажат в положение, в което не са в състояние да установят кое е формално задължително, а що се отнася до материалноправните им задължения — коя от евентуално противоречащите си насоки трябва да следват.

92. В заключение, връщайки се към конкретния пример с ЕБО, самият законодател на Съюза явно е започнал да осъзнава, че могат да възникнат евентуални проблеми, и показва воля за по-тясно наблюдение на действията на ЕБО. Действително междувременно Регламент № 1093/2010 е изменен с Регламент 2019/2175. Вследствие на това изменение (и макар да не е приложим за настоящото дело ratione temporis), новият член 60a от Регламент № 1093/2010, озаглавен „Превишаване на правомощията от [ЕБО]“, предвижда, че „[в]сяко

[50] Заключение по дело Белгия/Комисия (C-16/16 P, EU:C:2017:959, т. 144—171).

[51] Решение Белгия/Комисия (т. 29 и 32).

физическо или юридическо лице може да изпрати до Комисията мотивирано становище, ако смята, че [ЕБО]е превишил своите правомощия, […] когато е действал съгласно [член] 16 […], и това засяга пряко и лично това лице“ [52].

93. Отново, що се отнася до същинското „меко законодателство“, всичко това е просто смайващо. В глава V, озаглавена „Средства за защита“, е въведена разпоредба, която изхожда от хипотезата, че при издаването на това, което трябва да бъдат незадължителни насоки и препоръки съгласно член 16 от Регламента или незадължителни становища съгласно член 16а от същия регламент, ЕБО би могъл да превиши правомощията си, поради което са необходими правни средства за защита. Каквато и да е систематичната идея за приемането на такава разпоредба, с основание може да се предположи, че тя нямаше да бъде въведена, ако законодателят на Съюза не бе достигнал до извода, че вероятно има проблем. Единственото сигурно е, че пощенската кутия на Комисията няма да бъде препълнена, ако като условие, за да може по същество да се обърне към Комисията, дадено лице трябва да бъде „лично и пряко засегнато“ от проблематичния акт, особено ако за тълкуването на тези понятия се черпи вдъхновение от установената практика на Съда по член 263, параграф 4 ДФЕС.

94. С оглед на всички тези доводи мога само да заключа, че действително е абсолютно необходимо приетите от агенциите на Съюза незадължителни актове да подлежат на *обичаен* съдебен контрол, поне що се отнася до техните правомощия, за да не се допуска тези агенции неправомерно да се намесват в правомощията на други органи или институции на Съюза.

3. От какъв вид е (формалният) резултат от този контрол?

95. Последният въпрос в контекста на съдебния контрол на незадължителен акт е свързан с естеството на резултата в хипотезата на отправено преюдициално запитване относно валидността на такъв акт. Какъв може да бъде резултатът по дело, по което i) спорният акт на Съюза няма задължителен характер и следователно срещу него не може да бъде подавана жалба за отмяна на основание член 263 ДФЕС и съответно той не може да бъде отменен формално в рамките на това производство, но ii) в рамките на преюдициално запитване по член 267 ДФЕС Съдът е установил липса на компетентност на издаващия орган?

96. Възможни са два резултата. От една страна, незадължителният акт на Съюза може да бъде обявен за невалиден, какъвто е обичайният резултат при другите видове (задължителни) актове от правото на Съюза, когато се установи тяхното несъответствие по реда на член 267 ДФЕС. От друга страна, въпросът за валидността на такъв акт действително би могъл да бъде преформулиран като искане за тълкуване по член 267 ДФЕС, което да се отнася или до тълкуването на самия незадължителен акт на Съюза, или до тълкуването на (задължителното) правно основание, на което е бил приет този акт (в случая Регламент № 1093/2010).

[52] Вж. и съображение 5 от Регламент 2019/2175: „[ф]ормата и съдържанието на действията и мерките на ЕНО, включително инструменти като насоки […] следва винаги да имат за основание и да остават в рамките на законодателните актове, посочени в член 1, параграф 2 от учредителните регламенти или в рамките на техните правомощия“; вж. в същия смисъл и член 16, параграф 1, втора алинея: „Насоките и препоръките трябва да бъдат съобразени с оправомощаванията, предоставени по силата на законодателните актове, посочени в член 1, параграф 2 или [в] настоящия член“.

97. Веднага може да се отхвърли първата възможност от втория сценарий: ако Съдът установи, че даден орган е приел незадължителен правен на Съюза в нарушение на своята компетентност, не виждам как тогава Съдът ще може да се събере и да започне да пренаписва този акт по съдебен ред под формата на „тълкуване“ на нещо, което изобщо не е трябвало да се приема.

98. Ако не греша, що се отнася до практиката му досега, до съвсем скоро Съдът никога не бе установявал невалидността на незадължителен акт на Съюза [53]. Това вероятно се дължи отчасти на факта, че националните юрисдикции обикновено поставят въпроси относно *тълкуването* на такива актове [54]. Следва обаче да се признае и че (до настоящия момент) Съдът винаги преформулираше въпроси относно валидността във въпроси относно тълкуването [55].

99. Това „преобразуване“ може би е най-забележимо в решение Kotnik и др. на големия състав, в което Съдът разглежда конкретно няколко въпроса относно валидността сякаш са въпроси относно тълкуването [56]. Освен това на два пъти Съдът дори изрично изключва възможността да преценява валидността на разглеждания акт, след като констатира, че той не поражда задължително действие [57].

100. Така в известен смисъл би могло да се приеме, че практиката на Съда дава отговор на донякъде изпълненото с насилие начало на настоящото заключение: това, което никога не е живяло (като закон), не може да бъде умъртвено (от Съда). Всичко, което Съдът може да направи, е авторитетно да постанови, че такова животно никога не се е раждало, тъй като физиологията на майката изключва възможността тя някога да роди подобно същество.

101. В известна степен това разрешение предотвратява някои нелогични проблеми, които биха възникнали, ако бъде обявен за невалиден съгласно член 267 ДФЕС акт, който не може да бъде отменен по силата на член 263 ДФЕС, тъй като не е породил задължително правно действие. Съдът може да запази този подход и по този начин да заключи по настоящото дело, че тълкуването на член 1 във връзка с членове 8 и 16 от Регламент № 1093/2010 не допуска ЕБО да приеме спорните насоки, тъй като няма такива правомощия.

[53] В решение от 25 март 2021 г., Българска народна банка (C-501/18, EU:C:2021:249), в което Съдът обяви за невалидни препоръки, приети от ЕБО. Според Съда фактът, че разглежданата препоръка е същински акт на мекото законодателство, т.е. явно незадължителен акт (т. 79 от решението), който поради това изрично е изключен от съдебния контрол по член 263 ДФЕС (т. 82), не възпрепятства пълната проверка на валидността на незадължителен акт в съответствие с решение Grimaldi по реда на член 267 ДФЕС.

[54] Вж. освен решение Grimaldi и решение от 13 юни 2017 г., Florescu и др. (C-258/14, EU:C:2017:448).

[55] Вж. например решения от 8 април 1992 г., Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, т. 17), от 11 май 2006 г., Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312), и от 19 юли 2016 г., Kotnik и др. (C-526/14, EU:C:2016:570, т. 31—34 и 46—94).

[56] Решение от 19 юли 2016 г., Kotnik и др. (C-526/14, EU:C:2016:570, т. 31—34 и 46—94), по отношение на въпросите от втори до пети въпрос на запитващата юрисдикция.

[57] Вж. например, що се отнася до известието на Комисията относно лицензите за внос и износ, решение от 8 април 1992 г., Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, т. 16 и 17), що се отнася до заключенията на Комитета по Митническия кодекс, въпреки факта че тези заключения трябва да бъдат „взети предвид“ от държавите членки, решение от 11 май 2006 г., Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312, т. 40 и 41), тълкувано в светлината на точка 24 от заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по това дело (EU:C:2006:78): „единствено разпоредби, които са предназначени да породят задължително правно действие, подлежат на контрол за законосъобразност“. Вж. обаче и отклонението от тази линия в съдебната практика, извършено наскоро в решение, Българска народна банка (C-501/18, EU:C:2021:249, т. 79 и 82—83).

102. Освен това подобен отговор може да бъде по-подходящ от отговор на третия въпрос във връзка с валидността, тъй като много формално погледнато запитващата юрисдикция не е поставила въпрос относно валидността. Тя иска единствено да се установи дали ЕБО е превишил правомощията си, като е приел спорните насоки.

103. Следователно този резултат като цяло е възможен[58]. От практична гледна точка обявяването на животното за несъществуващо не е много по-различно от изявлението, че неговата майка изобщо никога не би могла да го роди[59]. Тази констатация обаче си има цена, тъй като сама по себе си тя поражда някои проблеми. Ето защо предлагам на Съда все пак да даде изричен отговор на въпроса относно *валидността* на спорните насоки.

104. Първо, макар запитващата юрисдикция да е формулирала третия въпрос във връзка с компетентността, констатацията за липса на правомощия логично води до отмяната или обявяването на невалидност[60]. Трудно можем да си представим как би могло да се установи превишаване на правомощия и актът някак да остане да виси във въздуха.

105. Второ и от принципна гледна точка, следва ли при това положение запитващата юрисдикция да предприеме действия въз основа на този предоставен от Съда отговор? Извеждайки последиците от подобна констатация на Съда, може ли в такъв случай националната юрисдикция сама да обяви насоките за невалидни? Или констатацията за превишаване на правомощията на равнището на Съюза ще ѝ даде ли право да отмени националния акт за „прилагане“, който е акт на „мекото законодателство?

106. Във всеки случай, от систематична гледна точка, всяка от изложените по-горе хипотетични възможности за запитващата юрисдикция е незадоволителна предвид отделните нормативни правила както на равнището на Съюза, така и на национално равнище и има вероятност да засегне съдебната практика, произтичаща от решение Foto-Frost. По принцип единствено Съдът може да се произнася по (не)валидността на актовете от правото на Съюза. За сметка на това националните юрисдикции могат да отменят само актове с национален произход. Поначало отговорите в смисъл, че „даден акт от правото на Съюза трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска друг акт“, са подходящи за *националните* актове, а не за актовете на Съюза (независимо дали са задължителни или не). Това заобикаляне несъмнено е необходимо по отношение на националното законодателство, тъй като Съдът е компетентен да тълкува правото на Съюза, но не и да анализира националното право. Тази конструкция обаче не е подходяща, когато спорните насоки са актове на *Съюза*, тъй като по отношение на тях по принцип Съдът е оправомощен не само да ги контролира, но и да ги отмени или да ги обяви за невалидни.

107. Трето, преформулирането на въпрос относно валидността във въпрос относно тълкуването означава съществено изменение или най-малкото ограничаване на съдебната практика, произтичаща от решение Grimaldi. Противно на приетото в него и често повтаряно след това[61], Съдът всъщност няма да е компетентен да се произнася относно „валидността на *всички* актове на институциите на Съюза *без изключение*“. Така той ще бъде лишен от възможността да се произнася съгласно член 267 ДФЕС относно

[58] Несъмнено в този конкретен случай. Всъщност в други случаи може невинаги да съществува обща правна разпоредба като член 16 от Регламент № 1093/2010, по отношение на която формално да може да се закрепи такова „тълкуване“.

[59] Най-малкото за третите лица, които просто желаят да няма такова животно. Положението би могло да е различно, ако се вземе предвид гледната точка на това животно, което може да се почувства донякъде обидено от последното изявление.

[60] Вж. например решение от 24 май 2007 г., Комисия/Португалия (C-376/06, непубликувано, EU:C:2007:308, т. 47).

[61] Вж. съдебната практика, цитирана по-горе, в бележка под линия 19.

валидността на незадължителни актове на Съюза. Следователно ще е налице голямо — и с увеличаващия се брой актове на „мекото законодателство“, все по-голямо — изключение от компетентността на Съда както по член 267 ДФЕС, така и по член 263 ДФЕС.

108. На четвърто и последно място, ограничаването на съдебната практика от решение Grimaldi всъщност би означавало, че донякъде се възстановява известна съгласуваност между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС. Тази съгласуваност обаче на практика ще се основава на най-ниския общ знаменател и ще бъде в ущърб на ефективната правна защита, предвидена в правото на Съюза. Това ще означава, че щом няма ефективен достъп до съдебен контрол по отношение на актовете на „мекото законодателство“ съгласно член 263 ДФЕС, то тогава най-добре да няма такъв и съгласно член 267 ДФЕС.

109. В заключителния раздел на настоящото заключение (B) ще обясня защо и как тази логика е погрешна от структурна гледна точка. Въпреки това, за да се даде отговор на третия въпрос, предлагам на Съда да постанови най-простия, най-ясен и в действителност най-честен отговор: спорните насоки трябва да бъдат обявени за невалидни, доколкото ЕБО е действал извън правомощията, предоставени му с Регламент № 1093/2010.

B. По първия и втория въпрос: връзката между членове 263 и 267 ДФЕС

110. Едва сега могат да се разберат напълно по-широките проблеми, повдигнати с първия и втория въпрос на запитващата юрисдикция. Ще разгледам последователно тези два въпроса по-долу. Ще започна със съответната втора част от първия и втория въпрос, която се отнася до процесуалната легитимация на FBF пред запитващата юрисдикция (1). След това ще се спра на решение Foto-Frost и на въпроса дали национална юрисдикция е длъжна да сезира Съда с преюдициално запитване, ако това, което възнамерява да направи, в голяма степен прилича на „деактивиране“ на националното прилагане на незадължителен акт на Съюза (2). Накрая ще се спра на общата връзка между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС, що се отнася до незадължителните актове от правото на Съюза, която е в основата на съответната първа част от първия и втория въпрос (3). Този подход накрая ще ме отведе до доста незадоволителен извод относно общото състояние на правото на Съюза в тази област, чудейки се по какъв начин решения Grimaldi, Foto-Frost и Белгия/Комисия на практика могат да бъдат съгласувани по отношение на актове на „мекото законодателство“ (ако изобщо могат) (4).

1. Locus standi съгласно член 263 ДФЕС и член 267 ДФЕС (втората част от първия и втория въпрос)

111. На пръв поглед и разгледани поотделно[62], втората част от първия въпрос е недопустима, тъй като настоящото дело няма за предмет жалба за отмяна. На втората част от втория въпрос следва да се отговори в смисъл, че националното право, а не правото на Съюза, решава кога и по какъв начин дадена страна в национално производство може да повдигне възражение за незаконосъобразност.

[62] Вж. по-горе точки 30—34 от настоящото заключение.

112. Въпреки това, когато първият и вторият въпрос бъдат разгледани в съвкупност и в контекста на настоящото дело, става ясно, че запитващата юрисдикция всъщност е изправена пред „сценария TWD“: положение, при което жалбоподател, който е могъл да подаде жалба за отмяна на акт на Съюза пред Съда, но не го е направил, не може да оспорва пред национална юрисдикция валидността на национална мярка за прилагането на този акт.

113. Съдебната практика, произтичаща от решение TWD [63], която бе последно уточнена в решение Georgsmarienhütte и др. [64], приема, че когато правен субект, възнамеряващ да оспори акт на Съюза, несъмнено притежава активна процесуална легитимация по член 263, четвърта алинея ДФЕС, той е длъжен да използва предвиденото в тази разпоредба правно средство за защита, като подаде жалба пред Общия съд. Така възможността страната да се позовава пред сезираната национална юрисдикция на невалидността на съдържащи се в актове на Съюза разпоредби предполага, че тя не е имала право да подаде пряко жалба по член 263 ДФЕС срещу тези разпоредби.

114. В случая запитващата юрисдикция иска да се установи, на първо място, дали професионална федерация като FBF е могла да оспори насоките на ЕБО, като подаде жалба за отмяна, за да прецени дали при обстоятелствата по настоящото дело тя все още може да оспори законосъобразността на национален акт (обявлението на ACPR), който прави приложими насоките на ЕБО.

115. В контекста на дело, което се отнася до същински акт на „мекото законодателство“, не мисля, че тези съображения са *релевантни*. Предвид това, дори да бяха релевантни, те са *необосновани*.

116. Първо, тъй като Насоките на ЕБО не са задължителни съгласно класическия подход на Съда [65], жалбата за отмяна пред Съда във всички случаи ще бъде недопустима поради *естеството* на разглеждания акт на Съюза *независимо от* това дали жалбоподателят е пряко и лично засегнат. Досега Съдът възприема следния подход: ако е налице същински акт на „мекото законодателство“, то тогава на практика изобщо липсва обжалваем акт. Тази (обективна) преценка на практика дори предхожда преценката на (по-скоро субективния) въпрос за активната процесуална легитимация на лицето. Така в известен смисъл, ако липсва обжалваем акт, *никой* не може да иска съдебен контрол по отношение на такива актове по реда на член 263 ДФЕС.

117. Второ, във всеки случай съдебната практика от решение TWD просто няма да бъде приложима по настоящото дело, и в по-общ план по всички други дела, които се отнасят до актове на „мекото законодателство“.

118. Причината за това е проста: решение TWD и произтичащата от него съдебна практика изискват наличието на „несъмнено право“ да се подаде жалба за отмяна на основание член 263 ДФЕС, за да се задейства пречката за същия жалбоподател за съдебен контрол на основание член 267 ДФЕС [66]. Почти невъзможно е обаче да се твърди, че професионална

[63] Решения от 9 март 1994 г., TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, по-нататък „решението TWD“), от 23 февруари 2006 г., Atzeni и др. (C-346/03 и C-529/03, EU:C:2006:130, т. 31), от 27 ноември 2012 г., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, т. 41), и от 28 април 2016 г., Borealis Polyolefine и др. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 и C-391/14—C-393/14, EU:C:2016:311, т. 46).

[64] Решение от 25 юли 2018 г., Georgsmarienhütte и др. (C-135/16, EU:C:2018:582).

[65] Както бе разгледан по-горе в точки 40—55 от настоящото заключение.

[66] Вж. решения TWD (т. 24) и от 25 юли 2018 г. Georgsmarienhütte и др. (C-135/16, EU:C:2018:582, т. 17).

федерация, защитаваща интересите на своите членове, като FBF има право да подаде жалба съгласно член 263 ДФЕС срещу актове на Съюза с незадължителен характер, каквито са спорните насоки. Действително по отношение на актове на „мекото законодателство“ винаги следва първо да се преценява дали този акт представлява същински или привиден незадължителен правен акт, което само по себе си е доста сложна преценка. След това въпросът би бил дали сдружение или друга организация, защитаваща интересите на своите членове, е лично и пряко засегнато така, че да притежава активна процесуална легитимация [67].

119. Всичко това налага извършването на една сложна преценка, която е много по-различна от логиката и целта на изключението съгласно решение TWD [68]. Това изключение трябва да бъде надлежно ограничено само до *явната* допустимост. То не може да се разширява до *евентуалната* допустимост, като конкретната преценка на условията по член 263 ДФЕС на практика се поставя на плоскостта на член 267 ДФЕС, а след това от националните юрисдикции се изисква да ги проверяват успоредно. Нито може да се обръща наопаки, превръщайки го в приложимо при *явна недопустимост*.

120. Следователно съгласно правото на Съюза професионална федерация несъмнено може да оспори с възражение валидността на насоки на Съюза, адресирани до членовете, чиито интереси тя защитава, дори когато тези насоки не се отнасят до нея нито пряко, нито лично. Кога и по какъв начин евентуално може да направи това съгласно националното право и производство е съвсем друг въпрос, който следва да се реши от запитващата юрисдикция.

2. Прилага ли се решение Foto-Frost за незадължителни актове?

121. Преди да се спра на общия структурен въпрос, поставен от запитващата юрисдикция във връзка със степента на свързаност (или липсата на такава) между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС по отношение на контрола за валидност на актовете на „мекото законодателство“, има още едно парче от пъзела, което трябва да се обсъди: решение Foto-Frost.

122. Решение Foto-Frost и последиците му за националния съдебен контрол по отношение на незадължителните актове са разгледани от запитващата юрисдикция в акта ѝ за преюдициално запитване, макар да не са довели до конкретен въпрос към Съда. Настоящото преюдициално запитване действително произтича от прилагането от запитващата юрисдикция на решения Grimaldi и Foto-Frost в конкретния контекст на незадължителни актове, когато националното право допуска пряк контрол на актовете на „мекото законодателство“, докато правото на Съюза — не. В такава хипотеза *длъжни* ли са националните юрисдикции да отправят запитване до Съда относно валидността на

[67] За онагледяване на тази сложност и на разнообразието от възможни решения на проблема вж. например решения от 16 март 1978 г., Unicme и др./Съвет (123/77, EU:C:1978:73), от 25 юли 2002 г., Unión de Pequeños Agricultores/Съвет (C-50/00 P, EU:C:2002:462), и от 10 януари 2006 г., IATA и ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

[68] Вж. в това отношение заключението на генералния адвокат Campos Sánchez-Bordona по дело Georgsmarienhütte и др. (C-135/16, EU:C:2018:120, т. 40).

спорните насоки в съответствие с решение Foto-Frost? Или то трябва да се тълкува само като *възможност*, предоставена от съдебната практика, произтичаща от решение Grimaldi [69]?

123. В решение Foto-Frost се приема, че националната юрисдикция е длъжна да сезира Съда относно валидността на акт от правото на Съюза, освен ако не приеме, че изтъкнатите основания за невалидност не са налице [70]. Посочената обосновка на това задължение, което не намира опора в текста на Договора [71], има два аспекта: от една страна, когато се поставя под въпрос валидността на акт на Съюза, задължително е осигуряването на еднакво прилагане, така че да няма различия между националните юрисдикции в това отношение. От друга страна, съгласуваността на системата за съдебна защита и завършената система от правни средства за защита на Съюза (и особено изключителната компетентност на Съда да отменя актовете на Съюза) изисква, когато пред национална юрисдикция се оспорва валидността на акт на Съюза, правомощието да се установи невалидността на този акт да бъде запазено за Съда [72].

124. Противно на Комисията, не виждам как тази логика и двете изложени съображения биха били приложими и към същинските актове на „мекото законодателство“.

125. Първо, що се отнася до изискването за *еднакво прилагане*, вярно е, че ако се следва определено тълкуване, компетентните национални органи, които решат да спазват спорните насоки, би трябвало да го правят по един и същ начин в целия Съюз. По-специално член 16, параграф 1 от Регламент № 1093/2010 оправомощава ЕБО да приема такива насоки с цел „осигуряване на общо, еднакво и последователно прилагане на правото на Съюза“. В този смисъл целеното еднакво прилагане няма да бъде в рамките на Съюза и на вътрешния пазар като цяло, а ще е главно между отделните, и по-скоро произволно образувани нормативни групи, състоящи се от държавите членки, чиито компетентни органи са решили да спазват насоките.

126. Това ли е обаче еднаквото прилагане, което решение Foto-Frost цели да постигне? Трябва ли това еднакво прилагане да се изисква категорично и по отношение на актове, за които по определение няма такова еднакво прилагане, какъвто е случаят с актовете, които само *може* (а не — трябва) да бъдат прилагани? Що се отнася по-специално до насоките и препоръките на ЕБО, от член 16, параграф 3 от Регламент № 1093/2010 следва, че компетентните национални органи могат да решат да не ги спазват. Освен това, ако националната юрисдикция реши без съдействието на Съда да отмени националния акт, чрез който се прилага с незадължителен акт на Съюза, това на практика ще има същия ефект като решението на компетентния орган да не го спазва.

127. Второ, доводът, изведен от *съгласуваността на системата за съдебна защита* и завършената система от правни средства за защита на Съюза, е още по-интригуващ. В решение Foto-Frost Съдът по същество приема, че задължението за отправяне на

[69] За пълнота би могло да се отбележи, че ако Съдът възприеме подхода, според който въпросите относно валидността на „мекото законодателство“ съгласно член 267 ДФЕС всъщност представляват въпроси относно тълкуването на законодателството, на което този акт се основава (както посочих по-горе в т. 98—103), то би било логично тогава решение Foto-Frost при всички положения да не се прилага за „мекото законодателство“. Това обаче ще доведе и до частична отмяна (или, използвайки евфемизъм — до значително „ограничаване“) на решение Grimaldi (т. 107 от настоящото заключение).

[70] Решения Foto-Frost (т. 14 до 20), от 22 юни 2010 г., Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 54—56), от 6 октомври 2015 г., Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, т. 62), и от 28 март 2017 г., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, т. 78).

[71] Вж. заключението ми по дело Consorzio Italian Management (C-561/19, т. 47 и 48).

[72] Решение Foto-Frost (т. 15—17).

преюдициално запитване относно валидността е обосновано от обстоятелството, че по отношение на актовете от правото на Съюза самият Съд осигурява ефективен съдебен контрол, който е сравним с гарантирания от националните юрисдикции.

128. Понастоящем обаче в *хоризонтален* план достъпът до съдебен контрол по отношение на незадължителни актове от правото на Съюза съгласно член 263 ДФЕС просто не е възможен, тъй като на първо място липсва обжалваем акт, което означава, че жалбите за отмяна се считат за недопустими. Във *вертикален* план липсата на еквивалентност на съдебната защита е още по-очевидна по отношение на (някои) национални юрисдикции като запитващата по настоящото дело юрисдикция, които всъщност осигуряват (някаква) ефективна съдебна защита по отношение на незадължителните актове [73].

129. Така съгласуваността по отношение на *ефективната* съдебна защита във връзка с незадължителни актове на Съюза изисква точно обратния резултат: а именно, ясно е, че решение Foto-Frost не може да се прилага за такива актове. Не виждам никакъв смисъл в доводите, които защитават тезата, че тъй като съдилищата на Съюза не осигуряват никаква ефективна защита срещу същински актове на „мекото законодателство“, тази *несъществуваща защита трябва да бъде централизирана* пред Съда.

130. Ако това бе така, считам, че то би могло да бъде един от редките случаи, в които следва да се приложи член 53 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“). Според мен няма никакво съмнение, че национална правна система, позволяваща на частноправните субекти ефективно да обжалват незадължителни актове, които засягат тяхното правно положение, действително осигурява (по-) висока степен на съдебна защита в сравнение с гарантираната от Съда.

131. В обобщение, по своята логика и цел решение Foto-Frost не намира приложение за незадължителни актове на Съюза. На практика това означава, че националната юрисдикция има право да отмени, ако самата тя е оправомощена по националното право, националния акт за „въвеждане“ или „прилагане“, с който на националната територия се осигурява приложението на незадължителен акт на Съюза, без да е длъжна преди това да сезира Съда с преюдициално запитване по този въпрос. Също така „паралелните основания за оспорване“, изложени от Съда в решение Melki и Abdeli [74], които изискват преюдициално запитване, не са приложими за незадължителни актове на Съюза. Разбира се, това не е пречка националните юрисдикции да отправят преюдициално запитване относно тълкуването на незадължителен акт или на законодателството, на което този акт се основава. Независимо от това логиката за централизиране на контрола за валидност, произтичаща от решение Foto-Frost, просто не е приложима към незадължителни актове на Съюза.

132. Подобен извод би могъл да изглежда радикален, но само за тези, които вътрешно вярват в нещо различно от това, което обявяват. Ако действително се приеме, че „мекото законодателство“ на Съюза е с незадължителен характер и не поражда каквото и да било

[73] Вж. например решения на Conseil d'État (Държавен съвет) от 21 март 2016 г. по дело Société Fairvesta International GmbB и др. (№ 368082), и от 21 март 2016 г. по дело Société Numéricable (№ 390023). Вж. за примери от други национални правни системи заключението ми по дело Белгия/Комисия (C-16/16 P, EU:C:2017:959, т. 84 и 85).

[74] Решение от 22 юни 2010 г., Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 55 и 56), ясно изразява една последица от задължението съгласно решение Foto-Frost, като постановява, че ако национална юрисдикция е сезирана със спор относно валидността на национален акт за изпълнение с оглед на същите обстоятелства като тези на първоначалния акт от правото на Съюза, тази национална юрисдикция трябва да даде на Съда възможност да се произнесе по същите опасения по отношение на първоначалния акт от правото на Съюза, като отправи преюдициално запитване относно неговата валидност.

правно действие, защо трябва да се отхвърля идеята, че националните юрисдикции могат да правят каквото сметнат за добре с националните актове, с които се въвеждат тези обикновени указания? Тук съгласуваността е ключова. Или се счита, че всъщност тези актове все пак пораждат известни последици (но в този случай би трябвало да се предостави достъп до съдилищата на Съюза), или се счита, че изобщо не се поражда никакво правно действие. Тогава обаче възниква въпросът: защо би имало проблем, ако националната юрисдикция го отмени? В най-добрия случай тази юрисдикция ще извърши едно напълно безрезултатно действие, умъртвявайки нещо, което винаги е било мъртво.

133. Единственият проблемен вариант е този, при който по отношение на достъпа до съдилищата на Съюза съгласно член 263 ДФЕС, даден акт не поражда никакво задължително правно действие, което води до това, че изобщо не се предвижда достъп до тези съдилища. Когато обаче същият въпрос се разглежда на плоскостта на член 267 ДФЕС, същият този акт като по чудо възкръсва и става напълно жизнеспособен, с което даже задейства задължението от решение Foto-Frost. Обезпокояващата картина, произтичаща от този дисонанс, е че естеството на акт от правото на Съюза ще се променя в зависимост от това дали става въпрос, от една страна, за достъп до Съда или, от друга страна, за задълженията на националните юрисдикции.

3. Достъп до Съда съгласно член 267 ДФЕС и достъп съгласно член 263 ДФЕС: завършена система от правни средства за защита? (първата част от първия и втория въпрос)

134. Общият структурен въпрос, който започна донякъде да се показва в предходните части от този раздел, е следният: доколко може да се твърди, че акт на Съюза, който не е задължителен (и следователно не подлежи на обжалване по смисъла на член 263 ДФЕС), може все пак да бъде предмет на контрол и дори да бъде обявен за невалиден съгласно член 267 ДФЕС? Всъщност и двете предходни точки, а именно въпросът за изключението съгласно решението TWD, както и логиката, която стои в основата на решение Foto-Frost, се основават на презумпцията, че съществува една система за съдебна защита на правото на Съюза, която би трябвало да функционира като едно цяло.

135. Въпреки това има и редица доводи, съгласно които действително е възможно известно разграничение между тези два вида производства, по-специално що се отнася до незадължителни актове от правото на Съюза.

136. Първо, налице е безспорна разлика в текста. Член 263, първа алинея ДФЕС ограничава обхвата на тази разпоредба до актовете, които пораждат *правно действие* по отношение на трети страни, към което практиката на Съда добавя *задължително* правно действие. Само такива актове са обжалваеми съгласно член 263 ДФЕС[75]. За разлика от това обаче нито в текста, нито в установената съдебна практика относно обхвата на член 267 ДФЕС има такова ограничение. Действително, както Съдът многократно потвърждава в практиката си, произтичаща от решение Grimaldi, член 267 ДФЕС предоставя на Съда компетентност да се произнася преюдициално относно валидността и тълкуването на *всички актове* на институциите на Съюза *без никакво изключение*[76].

[75] Вж. например решения от 13 октомври 2011 г., Deutsche Post и Германия/Комисия (C-463/10 P и C-475/10 P, EU:C:2011:656, т. 36), от 13 февруари 2014 г., Унгария/Комисия (C-31/13 P, EU:C:2014:70, т. 54), от 25 октомври 2017 г., Румъния/Комисия (C-599/15 P, EU:C:2017:801, т. 47), Белгия/Комисия (т. 31), и от 26 март 2019 г., Комисия/Италия (C-621/16 P, ECLI:EU:C:2019:251, т. 44).

[76] Вж. съдебната практика, цитирана по-горе в бележка под линия 19.

137. Второ, макар Съдът да подчертава съгласуваността на системата, той настоява и че съществува „завършена система от правни средства за защита“, предоставена от правото на Съюза. Според Съда посредством разпоредбите на членове 263 и 277, от една страна, и член 267, от друга страна, Договорът е установил завършена система от правни средства за защита и процедури, чиято цел е да осигурят контрола за законосъобразност на актовете на Съюза, поверявайки го на съдилищата на Съюза [77]. След постановяването на решение Unión de Pequeños Agricultores/Съвет [78] „подходът относно завършената система от правни средства за защита“ позволява на непривилегировани жалбоподатели да сезират Съда на основание член 267 ДФЕС, когато не могат да се позоват на член 263 ДФЕС поради високия праг, който условието за пряко и лично засягане поставя.

138. С други думи, *за да бъдат завършени*, отделните производства трябва да се *допълват взаимно*. Това е крайъгълният камък, въз основа на който е изградена голяма част от съдебната практика в тази област през последните 30 години, след като вратата (от гледна точка на прекия достъп) бе (отново) затворена с решение Unión de Pequeños Agricultores. Следвайки тази логика, условията и достъпът съгласно членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС всъщност са именно разграничени: очаква се, че относително ограниченият достъп по член 263 ДФЕС се допълва от много широкия достъп по член 267 ДФЕС, като националните съдии са на практика пазителите на портата.

139. По настоящото дело френското правителство, а и запитващата юрисдикция, обстойно цитират практиката на Съда в това отношение, която разчита на тази логика, за да обосноват възможността за отправяне на преюдициални запитвания относно валидността на незадължителни актове на Съюза, когато не е възможно да се подаде жалба за отмяна.

140. Трето, това взаимно допълване и произтичащото от него разграничаване биха били необходими и за да се запази определена степен на достъп до ефективни правни средства за защита, който може да бъде в съответствие с член 47 от Хартата. Всъщност би било напълно несъвместимо със строгите изисквания, които Съдът наскоро установи съгласно тази разпоредба [79] или дори от член 19 ДЕС [80], ако структурно Съдът никога не би могъл да се произнесе относно актове от правото на Съюза, които засягат правното положение на частноправен субект.

141. При все това подобно разграничение между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС, що се отнася до контрола по отношение на незадължителните актове на Съюза, не е лишено от интелектуални предизвикателства, като някои от тях структурно са доста сериозни.

142. Първо, на концептуално равнище е трудно да се разбере, предвид *естеството* на незадължителните актове на Съюза, как може да се допуска преюдициално запитване относно валидността на незадължителни актове на Съюза, докато жалбата за отмяна е недопустима. Акт, който никой жалбоподател не може да обжалва по член 263 ДФЕС, внезапно става акт, който всеки може да оспори по реда на член 267 ДФЕС.

[77] Вж. например решения от 23 април 1986 г., Les Verts/Парламент (294/83, EU:C:1986:166, т. 23), от 3 октомври 2013 г., Inuit Tapiriit Kanatami и др./Парламент и Съвет (C-583/11 P, EU:C:2013:625, т. 92), и от 28 март 2017 г., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, т. 66).

[78] Решение от 25 юли 2002 г. (C-50/00 P, EU:C:2002:462, т. 40).

[79] Вж. например решения от 16 май 2017 г., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, т. 43—59), и от 29 юли 2019 г., Торубаров (C-556/17, EU:C:2019:626).

[80] Вж. например решения от 27 февруари 2018 г., Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, т. 29—40), от 24 юни 2019 г., Комисия/Полша (Независимост на Върховния съд) (C-619/18, EU:C:2019:531), и от 19 ноември 2019 г., A. K. и др. (Независимост на дисциплинарната колегия на Върховния съд) (C-585/18, C-624/18 и C-625/18, EU:C:2019:982, т. 82—86).

143. Освен това съгласно установената съдебна практика преюдициалното запитване за преценка на валидност представлява, също както жалбата за отмяна, способ за контрол на законосъобразността на актовете на Съюза[81]. Макар в случай на констатирана несъвместимост между разглеждания акт на Съюза и право на Съюза от по-висок ранг резултатите от тях формално да не са съвсем идентични (а именно отмяна на основание член 263 ДФЕС за разлика от обявяването на невалидност на основание член 267 ДФЕС), те пораждат едно и също правно действие, което е erga omnes и обикновено ex tunc: разглежданият акт на Съюза трябва да се счита за невалиден и да не се прилага[82].

144. Така по всяка логика или i) актовете на Съюза са задължителни и могат да бъдат отменени или обявени за невалидни на основание *или* на член 263 ДФЕС, *или* на член 267 ДФЕС, или ii) *не са* задължителни, поради което *не* подлежат на обжалване и a fortiori не могат да бъдат обявени за навалидни *нито* на основание член 263 ДФЕС, *нито* на основание член 267 ДФЕС.

145. Второ, ако изобщо липсва акт, по отношение на който да се осъществява контрол, не става ясно защо тогава трябва да се прилага логиката, която стои в основата на „завършената система от правни средства за защита“. Практиката на Съда в това отношение по същество е инструмент, който позволява да се преодолее липсата на (*субективна*) активна процесуална легитимация в рамките на едно производство (член 263 ДФЕС), като показва кога това условие не е налице в друго производство (член 267 ДФЕС). Целта е била да се постигне известно равновесие между привилегированите и непривилегированите жалбоподатели. Тя не е инструмент, който създава достъп до Съда по член 267 ДФЕС, когато по силата на член 263 ДФЕС този достъп е затворен за всички, включително за привилегированите жалбоподатели.

146. Освен това по този начин се обръща на обратно разликата — която е в основата на голяма част от съдебната практика по член 263 ДФЕС, но липсва в член 267 ДФЕС — между привилегировани и непривилегировани жалбоподатели, що се отнася до контрола по отношение на незадължителни актове на Съюза. Макар с решение Белгия/Комисия на привилегирован жалбоподател (държава членка) да е отказана възможността да оспори незадължителен акт на Съюза на основание липса на компетентност на Съюза да приеме такъв акт[83], същото това основание обаче би могло да бъде изтъкнато посредством член 267 ДФЕС от всеки отделен жалбоподател, без да е необходимо да доказва наличието на какъвто и да било пряк и личен интерес.

147. От практична гледна точка всичко това би означавало, че за да поискат съдебен контрол по отношение на незадължителен акт на Съюза, привилегированите жалбоподатели ще се окажат в едно и също положение както частноправните субекти, а понякога дори в по-неблагоприятно положение от тях. Например дадена държава членка ще трябва по косвен начин да оспорва прилагането на (най-вероятно своя собствен) национален акт пред национална юрисдикция. Като алтернатива, тъй като не е ясно дали националните процесуални норми изобщо могат да позволят подобен тип оспорване, органите на държавите членки ще трябва да стискат палци да се случи следното: а) някой частноправен субект да обжалва акта за изпълнение, б) националната юрисдикция да

[81] Вж. например решение от 28 март 2017 г., Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, т. 68 и цитираната съдебна практика).

[82] Вж. например в този смисъл решения от 26 април 1994 г., Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, т. 17), от 5 октомври 2004 г., Комисия/Гърция (C-475/01, EU:C:2004:585, т. 18 и цитираната съдебна практика), и от 6 октомври 2015 г., Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, т. 52).

[83] Вж. по-специално първото основание за обжалване (решение Белгия/Комисия, т. 39).

позволи на държавните органи да встъпят в главното производство и в) тази юрисдикция да сезира Съда с преюдициално запитване (относно тълкуването или валидността), така че държавните органи да могат в крайна сметка да изтъкнат своите основания пред Съда. Положението било още по-интригуващо по отношение на друг вид привилегирован жалбоподател, а именно институциите на Съюза.

148. На трето и последно място, налице е и един друг, по-скоро прагматичен довод за това защо няма много смисъл да се възприема широк достъп до съдебен контрол по отношение на незадължителни актове съгласно член 267 ДФЕС, докато достъпът до член 263 ДФЕС остава на практика затворен: разумно разпределение на делата в рамките на Съда на Европейския съюз. Този довод не е свързан конкретно с „мекото законодателство“, а по-скоро е общ за цялостната съдебна политика, следвана през последните 30 години, за ограничаване на достъпа до член 263 ДФЕС, като същевременно се позволява неограничен достъп до член 267 ДФЕС[84]. Последицата от тази съдебна политика е, че въпроси, които иначе биха били разгледани на равнището на съдебната система, където понастоящем е налице както съответната експертиза, така и необходимият капацитет, а именно Общият съд, вместо това се поставят директно пред Съда чрез преюдициални запитвания.

4. Заключение, което е (структурно) незадоволително (но необходимо)

149. Решения Grimaldi, Foto-Frost и Белгия/Комисия: считам, че е много трудно или дори невъзможно да се приложат едновременно всичките тези три съдебни решения в контекста на дело като настоящото. Намирането на начина, по който могат да се съчетаят и трите решения по отношение на незадължителни актове на Съюза, напомня на шахматна партия в патово положение, при което независимо от изиграния ход резултатът е неизбежна загуба на поне една фигура.

150. За мен е без съмнение кое от тези три решения трябва да се преразгледа. Това обаче не може да се направи в рамките на производството по преюдициално запитване. Според мен настоящото преюдициално запитване може да послужи само като много полезен пример за това, което ще се случи, ако Съдът остане в капана на продължилите с десетилетия дихотомии за това, че законът или е 100 % задължителен, или не съществува. В крайна сметка някой друг би могъл да се окаже принуден да се намеси и да гарантира необходимата правна защита, която Съдът не е склонен да осигури по реда на член 263 ДФЕС.

151. Що се отнася обаче до конкретното решение по настоящото дело, Съдът разполага, поне теоретично, с три възможности.

152. Първо, той може заимства изискването за наличието, на първо място, на задължителен акт от правото на Съюза (т.е. обжалваем акт) от член 263 ДФЕС и да го приложи по отношение на възможността да се отправи преюдициално запитване относно валидността по член 267 ДФЕС. В такъв случай обаче Съдът няма да се съобрази с текста на член 267, първа алинея ДФЕС, ще отхвърли решение Grimaldi и без съмнения ще направи решение Foto-Frost неприложимо за такива не-актове. Освен това с оглед на изискването за „съгласуваност“ на правните средства за защита това би довело до липсата на каквото и да

[84] Вж. в по-общ план заключението ми по дело Région de Bruxelles-Capitale/Комисия (C-352/19 P, ECLI:EU:C:2020:588, т. 142).

е правно средство за защита в интерес на тази съгласуваност. Въпреки това, формално погледнато, когато отношението към всички е еднакво лошо, наистина в известен смисъл е налице съгласуваност.

153. Второ, Съдът би могъл да преформулира третия въпрос на запитващата юрисдикция като по същество отнасящ се до тълкуването на правното основание на спорните насоки, а не до тяхната валидност [85]. Това би означавало частично отхвърляне на решение Grimaldi, освен ако вероятно то би могло да се впише в понятието за „разясняване“ на това съдебно решение: когато решение Grimaldi и цялата последваща съдебна практика многократно са настоявали, че е възможно да се поставят въпроси относно валидността на „всички актове от правото на Съюза без никакво изключение“, те всъщност винаги са имали предвид „всички задължителни актове на Съюза без никакво изключение“ [86]. Съответно за тях решение Foto-Frost отново няма да бъде приложимо.

154. Трето, ако Съдът установи, че ЕБО е превишил правомощията си, той естествено би могъл да обяви спорните насоки за невалидни. Това би означавало да се потвърди и приложи решение Grimaldi, но по косвен начин да се преразгледа решение Белгия/Комисия. Разбира се, формално погледнато, последното решение и затвърдената с него предходна съдебна практика по отношение на естеството на обжалваемия акт по смисъла на член 263 ДФЕС ще останат непокътнати. Въпреки това поради всички изложени в предходния раздел причини относно степента на възможния дисонанс между членове 263 ДФЕС и 267 ДФЕС [87] се питам колко ли дълго ще може разумно да се запази това разграничение.

155. Въпреки това, независимо от всички тези въпроси, *докато* няма ефективна съдебна защита по член 263 ДФЕС срещу евентуалното увреждащо правно действие на незадължителни актове на Съюза, отправянето на преюдициално запитване съгласно член 267 ДФЕС относно валидността на същите тези актове остава единственият начин, по който Съдът може да гарантира, че има поне някаква прилика със завършена система от правни средства за защита, предвидена в правото на Съюза. Впрочем именно това е структурно незадоволително, но въпреки това единственото възможно заключение от гледна точка на ефективната правна защита.

V. Заключение

156. Предлагам на Съда да отговори на отправените от Conseil d'État (Държавен съвет, Франция) преюдициални въпроси, както следва:

„– Член 267 ДФЕС допуска да бъде отправено преюдициално запитване относно преценка на валидността на незадължителни актове на Съюза, каквито са Насоките относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно, приети от Европейския банков орган на 22 март 2016 г.

[85] Както посочих по-горе (т. 102—108 от настоящото заключение), Съдът би могъл да се позове на формалното обстоятелство, че с оглед на конкретната си формулировка третият въпрос на запитващата юрисдикция може да се разбира като въпрос относно тълкуването. Това обаче означава също да се приеме, че националната юрисдикция ще следва да изведе крайните последици от констатацията, че има превишаване на правомощия от страна на орган на Съюза.

[86] Вж. обаче отново решение от 25 март 2021 г., Българска народна банка (C-501/18, EU:C:2021:249, т. 83).

[87] Вж. точки 135—148 по-горе от настоящото заключение.

– Член 267 ДФЕС допуска посредством възражение за незаконосъобразност, подадено пред национална юрисдикция в съответствие с националноправните норми относно активната процесуална легитимация, професионална федерация да оспори насоки, които са адресирани до членовете, чиито интереси тя защитава, и които не се отнасят до нея нито пряко, нито лично.

– Предметът и съдържанието на Насоките относно контрола на продукти и правилата за управление на банкови продукти на дребно, приети от Европейския банков орган на 22 март 2016 г. не попадат в приложното поле на законодателните актове, посочени в член 1, параграф 2 от Регламент (ЕС) № 1093/2010 на Европейския парламент и на Съвета от 24 ноември 2010 година за създаване на Европейски надзорен орган (Европейски банков орган), за изменение на Решение № 716/2009/ЕО и за отмяна на Решение 2009/78/ЕО на Комисията. Ето защо тези насоки невалидни“.