Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 15 april 2021 [1]

Mål C-911/19

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

(begäran om förhandsavgörande från Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Frankrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Banklagstiftning – Riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter utfärdade av Europeiska bankmyndigheten – Mjuk lagstiftning – Icke-bindande unionsbestämmelser som har rättsverkningar – Genomförande av medlemsstaterna – Domstolsprövning – Förhållandet mellan artiklarna 263 och 267 FEUF – Europeiska bankmyndigheten saknar behörighet”

I. Inledning

1. Som det uttrycks i Game of Thrones, ”det som är dött kan aldrig dö”. Således kan det som är dött inte heller dödas, kanske med undantag för White Walkers. Men kan någonting som aldrig har varit levande (eller snarare aldrig kommit att existera som en bindande unionsrättslig akt) upphävas (eller snarare ogiltigförklaras) av EU-domstolen i ett mål om förhandsavgörande? Kan domstolen alternativt göra en (bindande) tolkning av en icke-bindande unionsbestämmelse?

2. Europeiska bankmyndigheten (nedan kallad EBA) utfärdade 2017 riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter. [2] Därefter tillkännagav franska Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) (tillsyns- och resolutionsmyndighet) i ett meddelande att den följde dessa riktlinjer varigenom de blev tillämpliga på samtliga finansiella institut som stod under dess tillsyn. Fédération bancaire française (FBF) (fransk bankförening) har begärt upphävande av detta meddelande vid den hänskjutande domstolen med påstående att EBA saknade behörighet att anta dessa riktlinjer.

3. Förevarande mål har flera nivåer. Å ena sidan föreligger frågan huruvida EBA gick utanför sin behörighet enligt förordning nr 1093/2010 genom antagande av de omstridda riktlinjerna. [3] Även om det kan vara svårt att ta sig genom det tjocka nätet av ganska teknisk sekundär lagstiftning är detta faktiskt den enklare uppgiften.

1 Originalspråk: engelska.

2 Riktlinjer av den 22 mars 2016 (EBA/GL/2015/18).

3 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1093/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska bankmyndigheten), om ändring av beslut nr 716/2009/EG och om upphävande av kommissionens beslut 2009/78/EG (EUT L 331, 2010, s. 12).

4. De mycket mer komplicerade frågorna visar sig först senare: vilken följd ska ett konstaterande av bristande behörighet med avseende på en icke-bindande (eller mjuk) lagbestämmelse medföra i förfarandet för förhandsavgörande? Kan domstolen förklara en icke-bindande bestämmelse ogiltig? Kan det systematiskt sett fullständigt saknas samband mellan förfaranden enligt artikel 263 FEUF och förfaranden enligt artikel 267 FEUF med avseende på icke-bindande bestämmelser? Hur kan domstolens domar i målen Grimaldi,[4] Foto-Frost[5] och Belgien/kommissionen[6] förenas i den mån som fråga är om verkligt icke-bindande rättsliga instrument? Kan icke-bindande unionsbestämmelser bli föremål för domstolens prövning enligt artikel 267 FEUF, vilket följer av målet Grimaldi, medan deras (direkta) domstolsprövning enligt artikel 263 FEUF inte är möjlig, vilket helt nyligen bekräftades i målet Belgien/kommissionen?

5. Slutligen men av ganska stor betydelse, har alla dessa frågor väckts i det specifika sammanhang i vilket nationell rätt tillåter vad som förefaller vara, till skillnad från vad som gäller i unionen, en mycket friare tillgång till en direkt domstolsprövning av icke-bindande bestämmelser, inbegripet nationella rättsakter, som ”genomför” icke-bindande rättsakter inom unionsrätten. Detta fall föranleder frågan huruvida nationella domstolar också är skyldiga att hänskjuta frågor rörande giltigheten av icke-bindande unionsbestämmelser mot bakgrund av domen i målet Foto-Frost eller kan en sådan nationell domstol självständigt helt enkelt ogiltigförklara den nationella genomförandebestämmelsen, eftersom det som (faktiskt) inte är bindande förvisso fritt kan bortses från?

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Förordning nr 1093/2010

6. Genom artikel 1 i förordning nr 1093/2010 inrättas en europeisk bankmyndighet (Europeiska bankmyndigheten (EBA)). I den version som var tillämplig vid antagandet av de omstridda riktlinjerna angavs EBA:s befogenheter och verksamhetsområde på följande sätt:

”2. [EBA] ska agera enligt de befogenheter som den tilldelas genom denna förordning och vara verksam inom tillämpningsområdet för direktiv 2002/87/EG[7], direktiv 2009/110/EG[8], Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013[9], Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU[10], Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/49/EU[11], Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/847[12], Europaparlamentets och rådets direktiv (EU)

4 Dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646).

5 Dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452).

6 Dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79).

7 Europaparlamentets och rådets direktiv av den 16 december 2002 om extra tillsyn över kreditinstitut, försäkringsföretag och värdepappersföretag i ett finansiellt konglomerat och om ändring av rådets direktiv 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG och 93/22/EEG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/78/EG och 2000/12/EG (EUT L 35, 2003, s 1).

8 Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/110/EG av den 16 september 2009 om rätten att starta och driva affärsverksamhet i institut för elektroniska pengar samt om tillsyn av sådan verksamhet, om ändring av direktiven 2005/60/EG och 2006/48/EG och om upphävande av direktiv 2000/46/EG (EUT L 267, 2009, s. 7).

9 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 575/2013 av den 26 juni 2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 (EUT L 176, 2013, s 1).

10 Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/36/EU av den 26 juni 2013 om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag, om ändring av direktiv 2002/87/EG och om upphävande av direktiv 2006/48/EG och 2006/49/EG (EUT L 176, 2013, s. 338)

11 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/49/EU av den 16 april 2014 om insättningsgarantisystem (EUT L 173, 2014, s. 149).

12 Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/847 av den 20 maj 2015 om uppgifter som ska åtfölja överföringar av medel och om upphävande av förordning (EG) nr 1781/2006 (EUT L 141, 2015, s. 1).

2015/2366[13] samt, i den mån dessa akter tillämpas på kredit- och finansinstitut och de behöriga myndigheter som övervakar dem, inom ramen för de tillämpliga delarna av direktiv 2002/65/EG[14] och Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/849[15], inbegripet alla direktiv, förordningar och beslut som grundas på dessa akter och alla framtida rättsligt bindande unionsakter genom vilka [EBA] tilldelas befogenheter. [EBA] ska också agera i enlighet med rådets förordning (EU) nr 1024/2013[16].

3. [EBA] ska också agera inom verksamhetsområdet kreditinstitut, finansiella konglomerat, värdepappersföretag, betalningsinstitut och e-penninginstitut när det gäller frågor som inte direkt omfattas av de akter som avses i punkt 2, inbegripet ärenden som rör företagsstyrning, revision och finansrapportering, förutsatt att det krävs sådana åtgärder av [EBA] för att säkerställa att dessa akter tillämpas på ett ändamålsenligt och enhetligt sätt.

…

5. [EBA:s] syfte ska vara att skydda allmänintresset genom att bidra till det finansiella systemets stabilitet och effektivitet på kort, medellång och lång sikt, till förmån för unionens ekonomi, dess medborgare och företag. [EBA] ska bidra till att

a) förbättra den inre marknadens funktion, särskilt genom reglering och tillsyn på en sund, verkningsfull och enhetlig nivå,

b) säkerställa finansmarknadernas integritet, transparens, effektivitet och korrekta funktion,

c) stärka den internationella samordningen av tillsynen,

d) förebygga tillsynsarbitrage och främja likvärdiga konkurrensvillkor,

e) säkerställa att tagandet av kreditrisker och andra risker regleras och övervakas på lämpligt sätt, och

f) stärka konsumentskyddet.

I detta syfte ska [EBA] bidra till en konsekvent, effektiv och ändamålsenlig tillämpning av de akter som avses i punkt 2, främja enhetlig tillsyn, avge yttranden till Europaparlamentet, rådet och kommissionen samt genomföra ekonomiska analyser av marknaderna för att verka för att [EBA:s] mål uppnås.”

7. Artikel 8 i denna förordning, med rubriken ”[EBA:s] uppgifter och befogenheter”, anger följande:

”1. [EBA] ska ha följande uppgifter:

a) Att bidra till upprättandet av gemensamma standarder och praxis av hög kvalitet för reglering och tillsyn, särskilt genom att avge yttranden till unionsinstitutionerna och utarbeta riktlinjer, rekommendationer, förslag till tekniska standarder för tillsyn och genomförande och andra åtgärder som ska grundas på de lagstiftningsakter som avses i artikel 1.2.

13 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 om betaltjänster på den inre marknaden, om ändring av direktiven 2002/65/EG, 2009/110/EG och 2013/36/EU samt förordning (EU) nr 1093/2010 och om upphävande av direktiv 2007/64/EG (EUT L 337, 2015, s. 35).

14 Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG av den 23 september 2002 om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter och om ändring av rådets direktiv 90/619/EEG samt direktiven 97/7/EG och 98/27/EG (EGT L 271, 2002, s.16).

15 Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/849 av den 20 maj 2015 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt eller finansiering av terrorism, om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 648/2012 och om upphävande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG och kommissionens direktiv 2006/70/EG (EUT L 141, 2015, s. 73).

16 Rådets förordning (EU) nr 1024/2013 av den 15 oktober 2013 om tilldelning av särskilda uppgifter till Europeiska centralbanken i fråga om politiken för tillsyn över kreditinstitut (EUT L 287, 2013, s. 63).

…

b) Att bidra till en konsekvent tillämpning av rättsligt bindande unionsakter, särskilt genom att bidra till en gemensam tillsynskultur, säkerställa konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillämpning av de akter som avses i artikel 1.2, förebygga tillsynsarbitrage, medla och lösa tvister mellan behöriga myndigheter, säkerställa en verkningsfull och enhetlig tillsyn av finansinstitut och inbördes överensstämmelse i tillsynskollegiernas verksamhet samt vidta åtgärder bland annat i krissituationer,

…

2. För fullgörandet av de uppgifter som anges i punkt 1 ska [EBA] ha de befogenheter som fastställs genom denna förordning, i synnerhet när det gäller att

…

c) utfärda riktlinjer och rekommendationer enligt artikel 16,

…”

8. Artikel 9 i förordning nr 1093/2010, med rubriken ”Uppgifter som rör konsumentskydd och finansiell verksamhet,” har följande lydelse:

”1. Myndigheten ska spela en ledande roll för att främja transparens, enkelhet och rättvisa på marknaden för finansiella produkter eller tjänster som riktar sig till konsumenter på hela den inre marknaden, bland annat genom att

a) samla in uppgifter om, analysera och rapportera om konsumenttrender,

b) se över och samordna de behöriga myndigheternas initiativ för att öka konsumenternas förmåga att förstå finansiell information samt utbildningsinitiativ,

c) utveckla normer för utbildningen inom branschen, och

d) bidra till utvecklingen av gemensamma regler om utlämnande av uppgifter.

2. [EBA] ska övervaka nya och befintliga former av finansiell verksamhet och får anta riktlinjer och rekommendationer för att främja säkra och sunda marknader och förenhetligande av regleringsförfarandena.

…”

9. Artikel 16 i denna förordning har rubriken ”Riktlinjer och rekommendationer” och har följande lydelse:

”1. [EBA] ska, i syfte att upprätta en konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillsynspraxis inom [det europeiska systemet för finansiell tillsyn (ESFS)] och säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten, utfärda riktlinjer och rekommendationer riktade till behöriga myndigheter eller finansinstitut.

2. [EBA] ska, i tillämpliga fall, genomföra öppna offentliga samråd om riktlinjerna och rekommendationerna och analysera de möjliga kostnaderna och fördelarna i sammanhanget. Dessa samråd och analyser ska stå i proportion till riktlinjernas eller rekommendationernas omfattning, art och konsekvenser. [EBA] ska i tillämpliga fall också begära yttrande eller råd från den bankintressentgrupp som avses i artikel 37.

3. De behöriga myndigheterna och finansinstituten ska med alla tillgängliga medel söka följa dessa riktlinjer och rekommendationer.

Inom två månader efter utfärdandet av en riktlinje eller rekommendation, ska varje behörig myndighet bekräfta att den följer eller tänker följa denna riktlinje eller rekommendation. Om en behörig myndighet inte följer eller avser att inte följa riktlinjen eller rekommendationen, ska den informera [EBA] och ange skälen för detta.

[EBA] ska offentliggöra att en behörig myndighet inte följer eller avser att inte följa riktlinjen eller rekommendationen. [EBA] får också, från fall till fall, besluta att offentliggöra de skäl som den behöriga myndigheten anför för att den inte följer eller avser att inte följa riktlinjen eller rekommendationen. Den behöriga myndigheten ska få en förhandsanmälan om ett sådant offentliggörande.

Om så krävs i en riktlinje eller rekommendation ska finansinstituten på ett klart och detaljerat sätt rapportera om huruvida de följer den berörda riktlinjen eller rekommendationen.

…”

2. EBA:s riktlinjer

10. Avsnitt 1 punkt 1 i EBA:s Riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter anges att ”[d]etta dokument innehåller riktlinjer som har utfärdats enligt artikel 16 i förordning (EU) nr 1093/2010. I enlighet med artikel 16.3 i förordning (EU) 1093/2010 måste behöriga myndigheter och finansinstituten med alla tillgängliga medel försöka följa riktlinjerna”.

11. Punkt 2 i EBA:s riktlinjer anger:

”Av riktlinjer framgår Europeiska bankmyndighetens (EBA) syn på lämplig tillsynspraxis inom det europeiska systemet för finansiell tillsyn eller på hur unionslagstiftningen ska tillämpas inom ett särskilt område. Behöriga myndigheter enligt definitionen i artikel 4.2 i förordning (EU) nr 1093/2010 som berörs av riktlinjerna ska följa dem genom att på lämpligt sätt införliva dem i sin praxis (till exempel genom att ändra sina rättsliga ramar eller tillsynsrutiner), även när riktlinjerna i första hand riktas till finansinstitut.”

12. Punkt 3 i riktlinjerna, med rubriken ”Rapporteringskrav”, har följande lydelse:

”Enligt artikel 16.3 i förordning (EU) nr 1093/2010 måste de behöriga myndigheterna meddela EBA om de följer eller avser att följa dessa riktlinjer, alternativt ange skälen till att de inte gör det, senast den 23.05.2016. Om någon sådan anmälan inte inkommer inom denna tidsfrist kommer EBA att anse att de behöriga myndigheterna inte följer riktlinjerna…”

13. Punkt 5 inleder avsnitt 2 i EBA:s riktlinjer genom att definiera deras räckvidd:

”Dessa riktlinjer handlar om inrättandet av processer för produktgodkännande för både tillverkare och distributörer som en integrerad del av de allmänna organisatoriska krav som är kopplade till företagssystem för internkontroll. De avser interna processer, funktioner och strategier som används i syfte att utforma produkter, föra ut dem på marknaden och följa upp dem under deras livslängd. Genom riktlinjerna fastställs förfaranden för att säkerställa att målmarknadens intressen, mål och egenskaper tillgodoses. I dessa riktlinjer behandlas emellertid inte produkters lämplighet för enskilda konsumenter.”

14. Punkt 6 i riktlinjerna anger deras tillämpningsområde:

”Dessa riktlinjer gäller tillverkare och distributörer av produkter som erbjuds och säljs till konsumenter. Riktlinjerna avser processer för produktgodkännande i enlighet med följande:

– Artikel 74.1 i direktiv 2013/36/EU (nedan kallat kapitalkravsdirektiv IV (CRD IV)), artikel 10.4 i direktiv 2007/64/EG[17] (nedan kallat betaltjänstdirektivet (PSD)) och artikel 3.1 i direktiv 2009/110/EG (nedan kallat direktivet om elektroniska pengar (EMD)) tillsammans med artikel 10.4 i betaltjänstdirektivet och

– artikel 7.1 i direktiv 2014/17/EU[18] (nedan kallat direktivet om konsumentkreditavtal som avser bostadsfastighet, eller bolånedirektivet (MCD)).”

15. Punkt 7 i riktlinjerna har följande lydelse:

”Behöriga myndigheter kan överväga att tillämpa dessa riktlinjer på andra aktörer i deras jurisdiktioner som inte omfattas av ovannämnda rättsakter men som de behöriga myndigheterna har tillsynsansvar för. Behöriga myndigheter kan framför allt överväga att tillämpa dessa riktlinjer på andra förmedlare än de kreditförmedlare som avses i bolånedirektivet, exempelvis förmedlare av konsumentkrediter.”

16. Punkt 8 i riktlinjerna anger:

”Behöriga myndigheter kan överväga att utöka de skydd som fastställs i dessa riktlinjer till att även omfatta andra personer än konsumenter, exempelvis mikroföretag samt små och medelstora företag.”

17. Punkt 11 i riktlinjerna anger följande:

”Dessa riktlinjer riktar sig till behöriga myndigheter enligt definitionen i artikel 4.2 och finansinstitut enligt definitionen i artikel 4.1 i förordning (EU) nr 1093/2010 (nedan kallad EBA-förordningen).”

18. Punkt 16, med rubriken ”Ikraftträdande”, avslutar de ”inledande” avsnitten 1–3. Denna punkt anger att ”[d]essa riktlinjer gäller från den 3 januari 2017.”

19. De faktiska riktlinjerna återfinns i de två följande avsnitten: avsnitt 4 om ”Processer för produktgodkännande för tillverkare” och avsnitt 5 om ”Processer för produktgodkännande för distributörer”. Dessa två avsnitt innehåller tillsammans tolv riktlinjer, de flesta av dem indelade i underavdelningar med ytterligare bestämmelser.

17 Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/64/EG av den 13 november 2007 om betaltjänster på den inre marknaden och om ändring av direktiven 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG och 2006/48/EG samt upphävande av direktiv 97/5/EG (EUT L 319, 2007, s. 1).

18 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/17/EU av den 4 februari 2014 om konsumentkreditavtal som avser bostadsfastighet och om ändring av direktiven 2008/48/EG och 2013/36/EU och förordning (EU) nr 1093/2010 (EUT L 60, 2014, s. 34).

B. Nationell rätt

20. Meddelandet av den 8 september 2017 från tillsyns- och resolutionsmyndigheten kallat ”Tillämpning av Europeiska bankmyndighetens riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter (EBA/GL/2015/18)” har följande lydelse:

”Tillsyns- och resolutionsmyndigheten (ACPR) har förklarat att den tillämpar Europeiska bankmyndighetens riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter (EBA/GL/2015/18) som biläggs detta meddelande.

Dessa riktlinjer är tillämpliga på kreditinstitut, betalningsinstitut och institut för elektroniska pengar som står under tillsyn av ACPR, som ska med alla tillgängliga medel försöka följa dem och, enligt punkt 14 i riktlinjerna, se till att deras distributörer följer dem, i enlighet med artikel 16 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1093/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av den Europeiska bankmyndigheten”.

III. De faktiska omständigheterna, det nationella målet och tolkningsfrågorna

21. Den 22 mars 2016 antog EBA ”Riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter” med stöd av artikel 16 i förordning nr 1093/2010. Riktlinjerna riktar sig till behöriga nationella myndigheter och finansiella institut.

22. Den 8 september 2017 offentliggjorde ACPR, som behörig fransk tillsynsmyndighet i det ärendet, ett meddelande på sin webbplats. I detta meddelande förklarade ACPR att den följde dessa riktlinjer och angav också att dessa riktlinjer var tillämpliga på kreditinstitut, betalningsinstitut och institut för elektroniska pengar under dess tillsyn, vilka måste med alla tillgängliga medel försöka följa dem och se till att deras distributörer också följer dem.

23. Den 8 november 2017 gav FBF in en ansökan om ogiltigförklaring av meddelandet från ACPR till Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen, Frankrike), den hänskjutande domstolen. FBF har gjort gällande att EBA:s riktlinjer, som har gjorts tillämpliga genom meddelandet, är ogiltiga på grund av EBA:s avsaknad av behörighet att utfärda sådana riktlinjer.

24. Den hänskjutande domstolen hyser tvivel beträffande möjligheten att ta upp grunden, enligt vilka de angripna riktlinjerna är ogiltiga, till prövning.

25. Den hänskjutande domstolen har uppfattningen att möjligheten att pröva ett en sådan ogiltighetsgrund inom ramen för ett förhandsavgörande beror på huruvida de omstridda riktlinjerna kan bli föremål för en ogiltighetstalan enligt artikel 263 FEUF och huruvida en branschorganisation som FBF kan föra en sådan talan.

26. Beträffande frågan huruvida talan kan bifallas på denna grund konstaterar den hänskjutande domstolen att EBA:s riktlinjer hänför sig till flera unionsrättsliga lagstiftningsakter men att ingen av dem, med undantag för direktiv 2014/17, uttryckligen behandlar reglering av bankprodukter för konsumenter, som är det område som avses med riktlinjerna. Ingen av dessa lagstiftningsakter innehåller dessutom någon bestämmelse som bemyndigar EBA att utfärda riktlinjer om reglering av bankprodukter för konsumenter. Det framgår emellertid av förordning nr 1093/2010 att EBA ska bidra till att säkerställa att tagandet av kreditrisker och andra risker regleras och övervakas på lämpligt sätt och stärka konsumentskyddet. Sådana mål är exakt de mål som regleringen av bankprodukter för konsumenter bidrar till att uppnå.

27. Det är i detta faktiska och rättsliga sammanhang som Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) beslutade att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

”1) Kan en talan om ogiltigförklaring, enligt bestämmelserna i artikel 263 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, väckas mot riktlinjer utfärdade av en europeisk tillsynsmyndighet? Om svaret på denna fråga är jakande, kan en branschorganisation använda detta rättsmedel för att bestrida giltigheten av riktlinjer riktade till medlemmar vars intressen den tillvaratar och som den varken direkt eller personligen berörs av?

2) Om svaret på den ena av de två frågorna under punkt 1 är nekande, kan riktlinjer utfärdade av en europeisk tillsynsmyndighet bli föremål för en begäran om förhandsavgörande enligt bestämmelserna i artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt? Om svaret på den frågan är jakande, kan en branschorganisation inge en invändning om ogiltighet mot riktlinjer riktade till medlemmar vars intressen den tillvaratar och som den varken direkt eller personligen berörs av?

3) Har, för det fall Fédération bancaire française kan invända mot giltigheten av Europeiska bankmyndighetens riktlinjer av den 22 mars 2016, nämnda myndighet – genom att utfärda dessa riktlinjer – överskridit sina befogenheter enligt Europaparlamentets och rådets förordning nr 1093/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska bankmyndigheten)?”

28. Skriftliga yttranden har getts in av FBF, ACPR, den franska regeringen, den polska regeringen, Europeiska kommissionen och EBA. Med undantag av den polska regeringen yttrade sig dessa parter också muntligen vid förhandlingen som ägde rum den 20 oktober 2020.

IV. Bedömning

29. Detta förslag till avgörande är disponerat på följande sätt. Jag börjar med inledande kommentarer till den hänskjutande domstolens frågor och den (icke) bindande karaktären av de omstridda riktlinjerna (A). Jag kommer sedan att behandla frågorna från den hänskjutande domstolen i omvänd ordning, först fråga 3 för att avgöra huruvida de omstridda riktlinjerna antogs av EBA inom dess behörighet (B). Efter det att jag har kommit fram till att EBA faktiskt har överskridit sin behörighet övergår jag till frågorna 1 och 2 och flera andra frågor som avser det generella förhållandet mellan artiklarna 263 och 267 FEUF såvitt gäller icke-bindande unionsbestämmelser (C).

A. Inledande kommentarer

1. Ett till synes okomplicerat mål?

30. I ett visst perspektiv är detta mål ganska enkelt. Om tolkningsfrågorna betraktades isolerat från detta mål och besvarades tidsmässigt i den ordning i vilken de ställdes skulle svaren inte vara särskilt svåra.

31. Fråga 1 kan inte prövas i sak. Förevarande mål inleddes som en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. I detta processuella sammanhang är det en helt hypotetisk övning att fråga huruvida samma talan möjligen kan föras som en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 263 FEUF. På samma sätt är en fråga huruvida en branschorganisation kan angripa de omstridda riktlinjerna i det förfarandet utan betydelse för avgörandet av målet vid den hänskjutande domstolen.

32. Fråga 2 är också okomplicerad. Medan denna fråga kan prövas i sak kan svaret lätt konstateras utifrån befintlig rättspraxis. Alltsedan domen i målet Grimaldi har domstolen konsekvent vidhållit att artikel 267 FEUF ger domstolen behörighet att meddela domar om förhandsavgöranden både avseende giltigheten och tolkningen av unionsinstitutionernas rättsakter ”utan undantag”.[19] Icke-bindande unionsbestämmelser kan således bli föremål för en begäran om förhandsavgörande avseende giltighet.[20]

33. Vidare är följdfrågorna som är gemensamma för både den första och andra frågan avseende branschorganisationens ställning inte relevanta i ett förfarande om förhandsavgörande. Det ankommer enbart på den nationella domstolen att avgöra huruvida en fråga ska hänskjutas till domstolen för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF.[21] Enligt domstolen har varje part rätt att i ett mål vid nationell domstol göra gällande att en unionsrättsakt är ogiltig, och att begära att den nationella domstolen, som själv saknar behörighet att pröva giltigheten av unionens rättsakter, inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen i denna fråga.[22]

34. I övrigt reglerar emellertid inte unionsrätten frågan om vem som ska vara part vid den nationella domstolen. Om den nationella rätten tillåter sådan talan utgör det återigen en del av den nationella domstolens exklusiva behörighet att avgöra huruvida den anser det vara nödvändigt (eller är skyldig) att hänskjuta frågan till EU-domstolen. Frågan huruvida FBF har rätt att föra talan om ogiltighet vid den nationella domstolen av en unionsbestämmelse avgörs således enligt nationell rätt.

35. Genom att besvara frågorna i den ordning som de ställts och genom att behandla de två första frågorna på ett teoretiskt sätt skilda från omständigheterna i förevarande mål kan man således enkelt och omedelbart komma till fråga 3 och konstatera att frågan om EBA:s behörighet att anta de omstridda riktlinjerna är den enda verkliga frågan i detta mål.

36. Jag anser emellertid inte att en sådan genväg är lämplig. Det är faktiskt först vid besvarandet av fråga 3 och bedömningen av följderna därav som man till fullo förstår omfattningen av frågorna 1 och 2 om dessa inte behandlas *teoretiskt* utan i stället i det *specifika sammanhanget* i förevarande mål.

37. Det är dessutom klart att läsning av frågorna på ett sådant förenklat sätt inte skulle vara rätt mot den hänskjutande domstolen. Det framgår av beslutet om hänskjutande, i synnerhet när det läses tillsammans med det klarläggande utlåtandet av rapporteur public hos Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen) i det målet,[23] att den hänskjutande domstolen har kännedom om EU-domstolens relevanta praxis i denna fråga. Det framgår av dessa handlingar att den hänskjutande domstolen faktiskt undrar vad exakt denna praxis kan leda den till i ett specifikt fall som det förevarande.

38. Det är i detta sammanhang som den hänskjutande domstolen ställer frågor i synnerhet rörande förhållandet mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF såvitt gäller mjuk lagstiftning, särskilt under omständigheter där den nationella domstolen ger rätt till domstolsprövning av icke-bindande *nationella* bestämmelser medan domstolen inte tillåter prövning av icke-bindande *unions*bestämmelser i en talan om ogiltigförklaring. Denna fråga utgör kärnan i frågan rörande parallellerna (eller avsaknad

19 Se dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkt 8), dom av den 13 juni 2017, Florescu m.fl. (C-258/14, EU:C:2017:448, punkt 30), dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkt 44) och dom av den 27 februari 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, punkt 44). Se också i ett mål rörande EBA:s rekommendationer, förslag till avgörande av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i målet Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, punkterna 95–102).

20 Se, såvitt gäller rekommendationer inom unionen, dom av den 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punkterna 8–18) och dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkt 44).

21 Se, till exempel, dom av den 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

22 Se, till exempel, dom av den 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

23 Utlåtande av Emilie Bokdam, rapporteur public, av den 4 december 2019 i mål nr 415550 – Fédération bancaire française (tillgängligt på: https://www.conseil-etat.fr).

därav) mellan dessa två typer av förfaranden, särskilt såvitt gäller branschorganisationers ställning i dessa båda typer av förfaranden. Till denna fråga anknyter sedan en annan fråga som också har berörts av den hänskjutande domstolen i dess beslut om hänskjutande. Den rör det förhållandet att i förfarandet för förhandsavgörande blir både den nationella och europeiska nivån för prövning sammankopplade: är nationella domstolar skyldiga att, enligt domen i målet Foto-Frost, hänskjuta frågor till domstolen om giltighet av en icke-bindande unionsbestämmelse när de prövar en nationell bestämmelse som gjorde denna unionsbestämmelse tillämplig på nationell nivå på personer till vilka bestämmelsen riktar sig?

39. Mot denna bakgrund och då besvarande av fråga 3 först bidrar till att klarlägga de mer generella frågor som följer av frågorna 1 och 2 föredrar jag att börja med denna tredje fråga innan jag behandlar dessa strukturella frågor. På detta sätt ger det specifika exempel som EBA:s riktlinjer utgör en god beskrivning av de strukturella frågor som rör EU-domstolens prövning av mjuka bestämmelser i lagstiftningen.

2. Är de omstridda riktlinjerna (äkta) icke-bindande bestämmelser?

40. Innan jag övergår till fråga 3 måste emellertid en annan fråga först behandlas. Utgör de omstridda riktlinjerna *äkta* icke-bindande bestämmelser som *inte* medför bindande rättsverkningar, vilket samtliga parter i förfarandet gjort gällande? Det som kan tyckas vara ett enkelt påstående är snarare ett viktigt inledande antagande för den diskussion som följer. Denna fråga är faktiskt dold i den första delen av fråga 1 mot bakgrund av att enligt fast rättspraxis undantas *äkta* mjuka lagbestämmelser från domstolsprövning enligt artikel 263 FEUF. Om en sådan akt däremot medför bindande rättsverkningar (och således vore en ”falsk” icke-bindande rättsakt) skulle den vara prövningsbar enligt artikel 263 FEUF (i vart fall med antagande av att sökanden är direkt och personligen berörd av den rättsakten).

41. Det är fast rättspraxis att bestämmelser som antagits av institutionerna oavsett deras form, som är avsedda att ha bindande rättsverkningar, anses vara ”angripbara rättsakter” vid tillämpningen av artikel 263 FEUF. För att avgöra huruvida den omstridda rättsakten medför bindande rättsverkningar är det nödvändigt att se till denna rättsakts innebörd och att bedöma dessa verkningar på grundval av objektiva kriterier såsom rättsaktens innehåll, i förekommande fall med beaktande av det sammanhang i vilket den antogs och den antagande institutionens befogenheter. [24]

42. Medför de omstridda riktlinjerna bindande rättsverkningar enligt detta traditionella test?

43. Å ena sidan är det för det första riktigt att de omstridda riktlinjerna är uttryckta i icke-bindande ordalag. De faktiska materiella riktlinjerna som är riktade till tillverkare och distributörer av bankprodukter som anges i avsnitten 4 och 5 i riktlinjerna använder ordet ”bör” i motsats till ordet ”ska”. För det andra finns ingen skyldighet för de behöriga myndigheterna [25] att följa dem. Artikel 16.3 andra stycket i förordning nr 1093/2010 kräver att varje behörig myndighet ska bekräfta huruvida den följer eller tänker följa riktlinjer som antagits av EBA. Om en behörig myndighet inte följer eller avser att inte följa riktlinjerna, ska den informera EBA och ange skälen för detta. [26] Vid bedömningen av sammanhanget och befogenheterna för den berörda byrån kommer, för det tredje, detta argument att

24 Se, till exempel, dom av den 31 mars 1971, kommissionen/rådet (22/70, EU:C:1971:32, punkterna 39 och 42), dom av den 25 oktober 2017, Rumänien/kommissionen (C-599/15 P, EU:C:2017:801, punkterna 47 och 48) och dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkterna 31 och 32).

25 Som definieras i artikel 4.2 i förordning nr 1093/2010 (i huvudsak nationella tillsynsmyndigheter).

26 Punkt 3 i det första avsnittet av riktlinjerna anger att ”om någon sådan anmälan inte inkommer inom denna tidsfrist [två månader] kommer EBA att anse att de behöriga myndigheterna inte följer riktlinjerna”. Det är ganska intressant att begreppsmässigt se att en punkt i icke-bindande riktlinjer söker ändra (eller göra undantag från) en skyldighet som tydligt framgår av ordalydelsen i artikel 16.3 i förordning nr 1093/2010. Men eftersom punkt 3 faktiskt inte inför någon extra skyldighet utan snarare gör undantag från den genom att skapa ett antagande om ”silencio negativo” införs tekniskt sett *ingen ny* rättslig skyldighet. Det som återstår är endast förvirring beträffande hur icke-bindande riktlinjer kan ändra innehållet i en rättslig skyldighet som anges i en förordning.

ingå i det cirkelresonemang som jag redan har beskrivit i annat sammanhang:[27] i) då EBA säkerligen kände till att dess riktlinjer inte är bindande, ii) kunde den därför inte ha avsett att anta något som var bindande och iii) därför är det uppenbart att det organ som antog rättsakten inte hade någon som helst avsikt att anta en bindande rättsakt.

44. På denna grundval är det utan tvivel möjligt att dra slutsatsen att de omstridda riktlinjerna inte i sig själva medför bindande rättsverkningar.

45. Å andra sidan är dessa riktlinjer emellertid utfärdade i samband med och åtföljs av ett antal mekanismer som tolkade mot bakgrund av förordning nr 1093/2010 som deras rättsliga grund gör dem till en rättsakt som skäligen kan uppfattas som att den uppmuntrar till efterlevnad av dess adressater.

46. För det första ålägger avsnitt 1, punkt 1 i de omstridda riktlinjerna, i linje med artikel 16.3 i förordning nr 1093/2010, behöriga nationella myndigheter och finansinstitut att ”med alla tillgängliga medel försöka följa riktlinjerna”. Utan att genomföra en bedömning i detalj av vad ”med alla tillgängliga medel” exakt och specifikt innebär kan det förmodas att de omstridda riktlinjerna inte antagits med avsikten att deras adressater helt enkelt ska bortse från dem, i synnerhet om ansträngningen innebär att de åläggs en skyldighet.

47. Vem exakt är för det andra adressaten? Även om de omstridda riktlinjerna formellt enligt punkt 11 däri riktas till behöriga myndigheter och finansinstitut[28] framgår det klart att finansinstituten är de som till slut kommer att fastställa skyldigheterna och som sådana är de verkliga adressaterna. Denna slutsats följer av innehållet i riktlinjerna i avsnitten 4 och 5 som uteslutande riktar sig till tillverkare och distributörer av bankprodukter.

48. Systematiskt sett har riktlinjerna en nära likhet med direktiv: fastän de formellt är riktade till medlemsstaterna är deras bestämmelser avsedda att i sinom tid styra enskilda personers agerande som inte har något annat val än att tillämpa dem. Behöriga myndigheter är inte de verkliga adressaterna för dessa skyldigheter. Deras uppgift är endast att ansluta sig eller inte ansluta sig. När emellertid detta beslut har fattats blir den ursprungliga icke-bindande karaktären mycket bindande då den ”nominella adressaten” (den behöriga tillsynsmyndigheten) blir en effektiv ”verkställande” myndighet. Det finns således mycket små valmöjligheter, eller snarare inga alls, för riktlinjernas verkliga adressater, det vill säga finansinstituten, beträffande frågan huruvida de ska följa dem.

49. Mot bakgrund av en kombinerad tolkning av punkterna 6, 7 och 8 i de omstridda riktlinjerna[29] är det dessutom inte ens klart huruvida en behörig myndighets formella beslut att inte följa riktlinjerna befriar finansinstituten från skyldigheten att ”med alla tillgängliga medel försöka följa riktlinjerna”. Förhållandet att behöriga myndigheter inte följer dem kan också enbart betyda att de inte kommer att tillämpa dessa riktlinjer utan att detta påverkar finansinstitutens skyldighet. Med andra ord kan dessa riktlinjer ha ett eget liv i förhållande till finansinstituten oavsett vilken ståndpunkt som intas av de behöriga myndigheterna.

50. För det tredje, och i anslutning till föregående punkt, blir finansinstituten faktiskt bundna av de omstridda riktlinjerna på nationell nivå, när behöriga myndigheter beslutar att följa dem, till följd av deras ”införlivande” eller ”inkorporering” av den behöriga nationella myndigheten. Genom att ACPR i sitt meddelande förklarade att den följde de omstridda riktlinjerna i förevarande mål gjorde den innehållet i dessa de facto obligatoriska för finansinstituten i Frankrike. En punkt som är värd att

27 Se mitt förslag till avgörande i målet Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkterna 76–79).

28 Medan artikel 16.1 i förordning nr 1093/2010 föreskriver att EBA ska utge riktlinjer riktade till behöriga myndigheter *eller* finansinstitut.

29 Eftersom de omstridda riktlinjerna i punkt 7 förklarar att behöriga myndigheter ”kan överväga” att tillämpa dessa riktlinjer på andra aktörer än tillverkare och distributörer av finansiella produkter i samband med de rättsakter som nämns däri, kunde det anses att riktlinjerna skulle vara tillämpliga automatiskt på dessa oavsett den ståndpunkt som de behöriga myndigheterna intagit.

understryka i detta avseende är att i motsats till ett direktiv, vars innehåll först måste införlivas med nationell lagstiftning, blev innehållet i riktlinjerna i deras hela omfattning tillämpliga genom ACPR:s meddelande på samtliga ”kreditinstitut, betalningsinstitut och institut för elektroniska pengar som står under tillsyn av ACPR”. [30]

51. Den sistnämnda punkten om effektiv tillämpning på nationell nivå bör förklaras tydligt. Så snart som den behöriga nationella myndigheten har valt att ansluta sig inträder skyldigheten att följa dessa riktlinjer i den medlemsstaten. Enligt rapporteur public hos Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) i det nationella målet kan inte bristande efterlevnad av riktlinjerna *direkt* leda till påförande av en sanktion. Innehållet i riktlinjerna utgör emellertid bästa praxis som bör iakttas av finansinstituten. Om dessa institut inte följer denna bästa praxis kan det uppfattas som dålig praxis från deras sida. På denna grund kan ACPR utfärda individuella varningar vars bristande iakttagande i huvudsak kan utsätta dessa finansinstitut för disciplinära åtgärder. [31]

52. I korthet håller jag med om att enligt den traditionella definitionen av en unionsrättsakt som medför bindande rättsverkningar vid tillämpningen av artikel 263 FEUF är det sannolikt att riktlinjerna, särskilt om de endast betraktas på unionsnivå, anses vara ett icke-bindande, äkta mjukt lagstiftningsinstrument. När emellertid testet tillämpas på fall som det förevarande erbjuder inte denna traditionella inställning mycket till svar utan anger snarare vältaligt beskaffenheten av problemet.

53. Testet för att avgöra huruvida en unionsrättsakt kan prövas bör inriktas på huruvida akten av en omdömesgill adressat rimligen kan uppfattas uppmuntra till (eller till och med faktiskt föreskriva) efterlevnad av den. Resultatet bör vara en skala som beaktar ett kontinuum av rättsverkningar men sedan logiskt nära inriktas på de exakta verkningar som den omstridda akten har på dess adressaters rättsliga ställning. Om problemet ligger i hybridformer av styrning kan åtgärden också vara av hybridkaraktär som logiskt utformas för exakt den typ av verkningar som uppkommit och som uppfattas som problematiska. Som emellertid nyligen framgår av domen i målet Belgien/kommissionen är domstolen fortsatt inriktad på akten och dess upphovsman åtskild från den verkliga situationen kring rättsakten och dess adressater och går således runt i cirklar varigenom aktens karaktär bestäms av dess upphovsmans avsikt och vice versa. I sista hand är endast ett av två resultat tänkbart i en sådan bipolär värld: antingen finns fullständiga rättsverkningar eller inga sådana verkningar alls.

54. Jag vill inte upprepa argument som inte tidigare har lyckats övertyga domstolen. [32] Detta är snarare för att förklara hur dessa val har en inverkan på förevarande mål. Unionen och nationella regleringsoch domstolsnivåer är kommunicerande kärl, åtminstone i förfarandet för förhandsavgörande. Detta förhållande medför ytterligare en svårighetsgrad i förevarande mål i vilket den traditionella inställningen att endast och uteslutande betrakta unionsrättsakten på unionsnivå blir problematisk: vad som kanske fortfarande kan uppfattas som mjuk lagstiftning vid betraktande endast och uteslutande av EBA och de behöriga nationella myndigheterna blir något mycket annorlunda en nivå ned i medlemsstaterna. På denna nivå är ”mjuk lagstiftning” ”inte längre så mjuk” eller kan till och med förvandlas till ”hård lagstiftning”. Det bör framhållas att unionsrätten förvisso inte utgör hinder för att detta inträffar. Det helt motsatta förhållandet råder faktiskt: hela systemet är utformat att fungera precis på det sättet.

30 Se ovan, punkt 20 i detta förslag till avgörande. Som tydligt anges i detta meddelande ”bilades” endast de omstridda riktlinjerna meddelandet som de var.

31 Se yttrande av Emilie Bokdam på s. 5 (se ovan fotnot 23).

32 I mitt förslag till avgörande i målet Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

55. Med avseende på deras verkliga adressater i form av finansinstitut på nationell nivå är riktlinjerna sammanfattningsvis klart mycket mindre ”mjuka” än vad som skulle vara fallet om fokus låg på nivån för behöriga nationella myndigheter. Med hänsyn emellertid till domstolens grundinställning till unionsbestämmelser som inte medför bindande rättsverkningar är det osannolikt att domstolen anser att de omstridda riktlinjerna är bindande och därför kan prövas enligt artikel 263 FEUF.

B. Fråga 3: Har EBA överskridit sin behörighet enligt förordning nr 1093/2010?

56. Enligt FBF reglerar de omstridda riktlinjerna produktstyrning. De saknar rättslig grund då man inte kan anse att de inför rättsakter som avses i artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010, eftersom dessa i huvudsak gäller bolagsstyrning. Vid antagande av de omstridda riktlinjerna är det mer sannolikt att EBA skulle ha hämtat inspiration från direktiv 2014/65/EU,[33] som reglerar styrning av finansiella produkter och där begreppet ”målmarknad” och skillnaden mellan tillverkare och distributörer är central.

57. Kommissionen intar till stor del samma ståndpunkt som FBF. Den anser emellertid att de omstridda riktlinjerna inte helt faller utanför EBA:s behörighet i den omfattning som de har samband med artikel 7.1 i direktiv 2014/17. Denna tillåter att produktstyrning regleras, målmarknader fastställs och att skillnad görs mellan tillverkare och distributörer. Beträffande återstoden faller emellertid riktlinjerna utanför EBA:s behörighet och ska enligt kommissionen förklaras ogiltiga.

58. ACPR, den franska regeringen, den polska regeringen och EBA intar motsatt uppfattning. Enligt ACPR, den franska regeringen och EBA har EBA rätt att utfärda riktlinjer utöver det strikta tillämpningsområdet för de lagstiftningsakter vartill det hänvisas i artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010 då artikel 1.3 däri utvidgar EBA:s befogenheter till frågor som inte omfattas av dessa akter. I vart fall är produktstyrning och bolagsstyrning sammankopplade och de omstridda riktlinjerna kan därför inte anses ligga utanför EBA:s behörighet. Enligt samma intervenerande parter samt den polska regeringen är EBA:s agerande också lagenligt då förordning nr 1093/2010 uttryckligen syftar till att uppnå konsumentskydd. EBA hade behörighet att utfärda de omstridda riktlinjerna i den omfattning som de tjänar detta syfte. Enligt ACPR och EBA ska det endast göras en *allmän bedömning* av EBA:s befogenhet att utfärda riktlinjer. En sådan allmän bedömning skulle leda till slutsatsen att EBA hade befogenhet att utfärda de omstridda riktlinjerna.

59. I de följande avsnitten kommer jag att förklara varför jag inte delar de uppfattningar som uttryckts av ACPR, den franska regeringen, den polska regeringen och EBA. Fastän de omstridda riktlinjerna kan om de bedöms generellt ungefärligt passa in i förordning nr 1093/2010 (1) kommer jag att förklara varför jag inte anser att en sådan lågintensiv eller eftergiven bedömning är befogad i samband med icke-bindande bestämmelser (2). Med hänsyn till de omstridda riktlinjernas oförenlighet med förordning nr 1093/2010 återstår frågan vad som ska vara det formella resultatet av en sådan bedömning (3).

1. De omstridda riktlinjernas förenlighet med förordning nr 1093/2010 beträffande EBA:s behörighet

60. De omstridda riktlinjerna behandlar införandet av produktstyrning för bankprodukter för konsumenter. I synnerhet rekommenderar dessa riktlinjer att tillverkare ska fastställa de relevanta målmarknaderna och säkerställa att produkterna är lämpliga för dessa marknader.[34] Riktlinjerna rekommenderar också testning av produkter för att kunna bedöma hur produkten skulle påverka dess

33 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/65/EU av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument och om ändring av direktiv 2002/92/EG och av direktiv 2011/61/EU (EUT L 173, 2014, s. 349).

34 Riktlinje 3.

konsumenter i en lång rad av scenarier.[35] Tillverkare ska dessutom välja distributörer som är lämpliga för en viss målmarknad och kunna ge dessa distributörer information rörande produktens villkor och risker till konsumenten.[36] För sin del ska distributörer av bankprodukter upplysa konsumenten om de huvudsakliga villkoren för produkterna i fråga och deras risker.[37]

61. I enlighet med avsnitt 2, punkt 6, gäller de omstridda riktlinjerna tillverkare och distributörer av produkter som erbjuds och säljs till konsumenter i anslutning till fyra bestämmelser i specifika lagstiftningsakter, nämligen artikel 74.1 i direktiv 2013/36/EU, artikel 10.4 i direktiv 2007/64/EG, artikel 3.1 i direktiv 2009/110/EG och artikel 7.1 i direktiv 2014/17/EU. Behöriga myndigheter kan också ”överväga att tillämpa dessa riktlinjer på andra aktörer i deras jurisdiktioner som inte omfattas av ovannämnda rättsakter men som de behöriga myndigheterna har tillsynsansvar för”.[38]

62. Vid en jämförelse av det åberopade tillämpningsområdet med det faktiska innehållet i riktlinjerna förefaller det vara ganska klart att, som FBF och kommissionen i huvudsak påstått, de omstridda riktlinjerna såvitt gäller deras rättsliga grund går längre än vad förordning nr 1093/2010 tillåter.

63. I artikel 16.1 i förordning nr 1093/2010 anges att ”[EBA] ska, i syfte att upprätta en konsekvent, ändamålsenlig och effektiv tillsynspraxis inom ESFS och säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten, utfärda riktlinjer och rekommendationer riktade till behöriga myndigheter eller finansinstitut.”

64. Enligt artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010 ska EBA agera enligt de befogenheter som den tilldelas genom denna förordning *och* inom tillämpningsområdet för ett antal lagstiftningsakter som anges däri *och* ytterligare rättsligt bindande unionsakter som tilldelar den uppgifter. Enligt artikel 1.3 ska EBA också agera inom verksamhetsområdet för olika finansinstitut som anges i den bestämmelsen ”när det gäller frågor som inte direkt omfattas av de akter som avses i punkt 2 … *förutsatt* att det *krävs* sådana åtgärder av myndigheten för att säkerställa att *dessa akter* tillämpas på ett ändamålsenligt och enhetligt sätt”.[39]

65. Det följer ganska tydligt av denna ordalydelse att oavsett vilken typ av åtgärd som vidtagits ska EBA endast agera inom de (materiella) gränserna i dessa rättsakter. Ett antal andra bestämmelser i förordning nr 1093/2010 som rör EBA:s uppgifter och befogenheter bekräftar också att dessa akter utgör EBA:s yttersta gräns.[40] Det är således mot bakgrund av dessa rättsakters innehåll och räckvidd som de omstridda riktlinjerna ska bedömas.

66. Vad beträffar direktiven 2013/36, 2007/64 och 2009/110, som specifikt anges i de omstridda riktlinjerna i anslutning till deras tillämpningsområde,[41] framgår att samtliga är rättsakter vartill artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010 hänvisar.[42] EBA får således i princip utfärda riktlinjer för att genomföra dessa instrument.

67. Det föreligger emellertid ett tydligt missförhållande mellan föremålet för dessa akter och föremålet för riktlinjerna. Medan de senare har fastställt specifika ”regler” som rör *produkt*styrning avser samtliga förstnämnda akter *bolags*styrning genom att, beträffande interna förfaranden vid finansinstitut, i synnerhet föreskriva tydliga organisationsstrukturer med konsekvent ansvarsfördelning och

35 Riktlinje 4.

36 Riktlinjerna 7 och 8.

37 Riktlinje 12.

38 Se punkt 7 i de omstridda riktlinjerna.

39 Min kursivering.

40 Se, i kapitel II och, icke uttömmande, artikel 8.1 a och 8.1 b, artikel 9.5, artikel 10.1, artikel 15.1 samt artikel 17.1 och 6 i förordning nr 1093/2010.

41 I synnerhet artikel 74.1, artikel 10.4 respektive artikel 3.1, som anges i punkt 6 i avsnittet i riktlinjerna.

42 Den tidsmässigt tillämpliga versionen av artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010 nämner inte direktiv 2010/64 utan i stället direktiv 2015/2366, eftersom det sistnämnda direktivet har ersatt det förstnämnda direktivet.

förfaranden för riskhantering och kapitalkrav. Det är oklart hur riktlinjer om *produkt*styrning bidrar till den effektiva och konsekventa tillämpningen av rättsakter som rör *bolags*styrning, särskilt på kort sikt. Medan de senare akterna rör risker som hänger samman med funktionsrubbad bolagsstyrning på lång sikt (således en strukturfråga) avser de omstridda riktlinjerna reglera interna processer för produktstyrning som har en inverkan på utfall på kort sikt. Den typ (och grad) av risk som regleras av de omstridda riktlinjerna å ena sidan, och av de rättsakter vartill hänvisas i artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010 å andra sidan, är därför av olika slag.

68. Skillnaden mellan *produktstyrning* och *bolagsstyrning* som föremål för reglering är inte endast akademisk. Ett analogt exempel från ett annat område, såsom bilindustrin, kan vara till hjälp för att beskriva skillnaden. Bolagsstyrning kräver att biltillverkarna tillämpar kontrollmekanismer i varje produktionsled, att de har en transparant organisationsstruktur, för att tydligt avgöra vem som är ansvarig för vad, att de har infört system för att lösa eventuella problem och så vidare. Alla dessa regler bidrar till att företaget fungerar smidigt. Produktstyrning kräver däremot att biltillverkarna identifierar den relevanta målmarknaden för en ny bil, att de beaktar hur en ny bilmodell passar in bland befintliga bilar och huruvida tillgång till alltför många bilalternativ hindrar konsumenten att fatta välgrundade beslut. Sådana ”regler” har litet att göra med hur företaget fungerar internt. De avser reglera företagens beslutsfattande med avseende på kvaliteten hos de produkter som ska erbjudas kunderna. Med andra ord har regler om bolagsstyrning samband med kvaliteten på interna processer och mekanismer som finns till för att företaget ska fungera smidigt. Regler om produktstyrning rör företagens val som finns till i huvudsak för marknadsföring av bilar.

69. I tillägg härtill håller jag med FBF om att föremålet för dessa rättsakter inte är detsamma som föremålet för direktiv 2014/65 om marknader för finansiella instrument, som specifikt och uttryckligt reglerar styrning av finansiella produkter som saluförs av personer som tillhandahåller investeringstjänster.[43] Således kunde inte EBA lagenligt utfärda riktlinjer om styrning av bankprodukter.

70. Å andra sidan, vilket kommissionen, och även i viss omfattning den hänskjutande domstolen, har godtagit har artikel 7.1 i direktiv 2014/17, vartill också avsnitt 2, punkt 6 i de omstridda riktlinjerna hänvisar, visserligen en koppling till produkter, i synnerhet kreditprodukter. Den kunde därför kanske tjäna, i vart fall delvis, som en korrekt rättslig grund för de omstridda riktlinjerna.

71. Direktiv 2014/17 behandlar emellertid inte produktstyrning i samma mening som de omstridda riktlinjerna. Det reglerar i stället kreditgivares uppförande i enskilda fall och de metoder som ska tillämpas vid beslut huruvida en kredit ska beviljas en viss kund eller inte. Fastän några bestämmelser i direktiv 2014/17 bemyndigar EBA att utfärda vissa regler,[44] rör dessutom inte någon av dessa bestämmelser specifikt produktstyrningsregler, inte heller nämner de utfärdande av riktlinjer i de frågor som berörs.

72. Jag har därför vissa svårigheter att tillmäta direktiv 2014/17 betydelse för bedömningen av EBA:s behörighet att utfärda de omstridda riktlinjerna. Även om direktiv 2014/17 skulle godtas som en faktisk rättslig grund i förevarande mål, vilket den inte är, undrar jag vad exakt det i praktiken skulle leda till om ett av de fyra målen skulle godtas. Kommissionens yttranden beskriver denna fråga ganska bra.

43 Vartill inte hänvisas i artikel 1.2 i förordning nr 1093/2010, eftersom direktiv 2014/65 faktiskt bemyndigar Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten (Esma), och inte EBA, att utfärda riktlinjer om produktstyrning. Se, i detta avseende, Esma:s Riktlinjer för produktstyrningskraven i Mifid II av den 5 februari 2018 (ESMA35–43–620).

44 Såsom artiklarna 29, 34 och 37 samt bilaga 2 i direktiv 2014/17.

73. Kommissionen har påstått att domstolen ska förklara att de omstridda riktlinjerna är ogiltiga *i den omfattning som de hänför sig till* i) artikel 10.4 i direktiv 2007/64, ii) artikel 3.1 i direktiv 2009/110 och iii) artikel 74.1 i direktiv 2013/36. Samtidigt har kommissionen också påstått att domstolen ska förklara att de omstridda riktlinjerna är giltiga *i den omfattning som de hänför sig till* artikel 7.1 i direktiv 2014/17 (eller snarare, för att återge kommissionens förslag till fullo, att prövningen av denna punkt inte har avslöjat några omständigheter som kan medföra tvivel beträffande giltigheten av riktlinjerna).

74. Jag måste medge att jag är något vilsen när jag föreställer mig vad domslutet i en sådan dom skulle innebära i praktiken. Skulle det betyda att riktlinjerna förblir ”giltiga” men att deras tillämpningsområde skulle vara rättsligt begränsat till enbart konsumentkreditavtal som avser bostadsfastighet? Skulle riktlinjerna då förbli tillämpliga enbart på finansinstitut vid erbjudande av sådana specifika produkter? Eller skulle man på denna grund gräva ännu djupare i detaljer och bedöma riktlinjerna var och en för sig?

75. Mot bakgrund av dessa överväganden förefaller den enda kloka lösningen vara att riktlinjerna antingen måste upprätthållas eller falla helt. Enligt min uppfattning omfattas inte de omstridda riktlinjerna i deras helhet av tillämpningsområdet för de rättsakter som nämns i förordning nr 1093/2010 eller de rättsakter som tilldelar EBA specifika uppgifter. EBA har därför överskridit sin behörighet genom att utfärda riktlinjer vars föremål inte omfattas av dessa rättsakter.

2. Vilken nivå av noggrannhet ska prövningen av icke-bindande unionsbestämmelser ha?

76. Om man skulle tillämpa en *normal granskning* i detta mål skulle man komma till ovanstående slutsats. Med ”normal” avser jag det slag av prövning som domstolen genomför i allmänhet och på samma nivå för noggrannhet som när den prövar giltigheten av akter med bindande rättsverkningar.[45]

77. Det är emellertid lämpligt att fråga huruvida en bestämmelse som påstås inte medföra bindande rättsverkningar borde vara föremål för en sådan normal granskning över huvud taget. Kort uttryckt, om de inte är bindande varför ska någon, inbegripet denna domstol, bry sig om dem? Varför är det nödvändigt att övervaka huruvida ett unionsorgan hållit sig inom sin behörighet om inte någon behöver fästa något som helst avseende vid vad det förespråkar? Dessa överväganden borde åtminstone vad gäller äkta mjuka lagbestämmelser leda till en ganska *mild* prövning, om någon prövning över huvud taget.

78. Det är i huvudsak logiskt att ACPR och EBA vid förhandlingen vidhöll att prövningen av icke-bindande unionsbestämmelser bör vara mindre omfattande än beträffande bindande akter och innefatta endast en *allmän* bedömning av icke-bindande bestämmelser. Detta argument betyder i huvudsak att även om icke-bindande bestämmelser inte fullständigt ryms inom EBA:s behörighet är förhållandet att de *ungefär* ligger inom denna behörighet tillräckligt för att konstatera lagenligheten av EBA:s riktlinjer. I synnerhet såvitt gäller fördelningen av befogenheter skulle upphovsmännen till icke-bindande bestämmelser åtnjuta visst spelrum snarare än att de åläggs strikta gränser. I praktiken skulle upphävande av dessa bestämmelser endast förekomma när de *uppenbart* ligger utanför gränserna för de befogenheter som tilldelats deras upphovsman.

45 Se, generellt, beträffande godtagande av olika nivåer av noggrannhet i domstolens prövning enligt artikel 263 FEUF, till exempel, dom av den 18 mars 2014, kommissionen/parlamentet och rådet (C-427/12, EU:C:2014:170, punkt 40) eller dom av den 30 april 2019, Italien/rådet (Fiskekvoter för svärdfisk i Medelhavet) (C-611/17, EU:C:2019:332, punkterna 57 och 120).

79. Ur en viss synvinkel är produktstyrning kanske inte så olik bolagsstyrning om man skulle betrakta dem på ett teoretiskt målinriktat sätt. Båda har en inverkan på det finansiella systemets stabilitet. Som EBA framhöll vid förhandlingen är riktlinjernas övergripande syfte att främja interna processer som kan undanröja orimlig risk, eftersom oförsiktigt risktagande var roten till finanskrisen som uppkom under 2008. En effektiv produktövervakning och åtgärder som säkerställer att finansiella produkter uppfyller målmarknadens krav förbättrar sannolikt finansinstitutets finansiella prestationsförmåga och minskar risken för konkurs.

80. Som ACPR, den franska regeringen, den polska regeringen och EBA har gjort gällande kan EBA:s riktlinjer på samma sätt ändå anses ligga inom EBA:s uppdrag då förordning nr 1093/2010 uttryckligt syftar till konsumentskydd. Det är riktigt att konsumentskydd är ett viktigt mål som eftersträvas med förordning nr 1093/2010. Detta mål framgår tydligt av artikel 1.5 f[46] och framför allt av artikel 9, som ägnas åt ”uppgifter som rör konsumentskydd och finansiell verksamhet”. Detta omfattande mål skulle kanske kunna användas för att motivera EBA:s agerande på ett stort antal områden.

81. Jag är förvisso medveten om dessa argument. Jag kan emellertid helt enkelt inte ansluta mig till dem vare sig inom ramen för detta mål eller generellt.

82. Såvitt gäller de specifika riktlinjerna i fråga anser jag inte att en välvillig målinriktad tolkning av omfattningen av EBA:s agerande grundad på oklart definierade ”övergripande mål” bör godtas i syfte att försvara de omstridda riktlinjerna. Sådana vittgående reglerande insatser av EBA med stöd av brett definierade mål är inte hållbart med hänsyn till artikel 9.1 i förordning nr 1093/2010 själv. Enligt den bestämmelsen förefaller EBA:s roll vara ganska kringskuren. Den är att samla in uppgifter om och analysera konsumenttrender, se över och samordna utbildningsinitiativ och utveckla normer för utbildningen. Fastän denna förteckning inte är uttömmande påvisar den mycket olika typer av åtgärder och ageranden som fastställs för EBA under rubriken ”konsumentskydd”.

83. Dessutom är alltför stor risk naturligtvis farlig. Varje affärsbeslut medför en risk. Möjligheten att sådana katastrofer inträffar är inte en tillräcklig motivering för att tillåta en byrå inom unionen att reglera alla dessa, i synnerhet inte genom ”rena” riktlinjer. Om produktstyrning och bolagsstyrning skulle anses vara så sammanvävda att det motiverar EBA:s agerande vad beträffar den förra på grundval av rättsakter beträffande den senare skulle EBA vara berättigad att anta regler, möjligen obegränsat, i ett stort antal situationer som har litet att göra med bolagsstyrning strängt taget. Borde inte EBA också ha befogenhet att utfärda riktlinjer för val och befordran av personal, för val av mjukvaruleverantörer, för en hjälptelefonlinjes funktion eller för processer för möbelinköp? Eller, för den delen, kanske EBA också skulle kunna reglera säkerheten hos bilbälten i företagets bilar som används av ledningen i ett finansinstitut. Om dessa personer som är avgörande för stabiliteten inom den finansiella sektorn inte är ordentligt skyddade i den olyckliga händelsen av en bilolycka skulle stabiliteten inom sektorn också på ett sätt vara hotad.

84. Om domstolsprövning av icke-bindande rättsakter ska ske enligt artikel 267 FEUF (vilket domstolen vidhåller att den ska) finns det dessutom i allmänhet talrika och ganska tunga argument till stöd för att denna prövning bör vara av normal standardtyp.

46 Det kan nämnas att det förefaller föreligga en avvikelse mellan den engelska versionen av artikel 1.5 f, som ursprungligen hänvisade till *kund* skyddet, och övriga språkversioner (såsom den franska, tyska, italienska, spanska, nederländska eller tjeckiska) vilka hänvisade till *konsument* skydd. Efter de senaste ändringarna genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/2175 av den 18 december 2019 (EUT L 334, 2019, s. 1) av förordning nr 1093/2010 har samma bestämmelse nu lydelsen ”stärka kundskyddet och konsumentskyddet”. Jag vill inte påstå något särskilt på grund av denna skillnad. Det är endast intressant att notera lagstiftningstekniken att klarlägga språkliga skillnader genom att inkludera alla avvikande begrepp.

85. För det första skulle om institutionerna och i vidare mening de talrika unionsorganen tilläts utfärda rättsligt icke-bindande bestämmelser med begränsad domstolskontroll (exempelvis utan kontroll av behörighet) endast uppmuntra till en ytterligare spridning av ”kryptolagstiftning” i form av mjuk lagstiftning i unionen. Som jag förklarade i mitt förslag till avgörande i målet Belgien/kommissionen [47] kan unionsorganen genom mjuk lagstiftning skapa en parallell uppsättning av regler som går förbi lagstiftningsprocessen och som kan ha en inverkan på den institutionella jämvikten.

86. För det andra är det inte endast den (horisontella) institutionella jämvikten som riskerar att påverkas av sådan praxis utan framför allt reglernas övergripande legitimitet nedströms. Ökningen av byråer i unionen har medfört farhågor för legitimitet i samband med utövandet av delegerad administrativ makt. Det är således nödvändigt att se till att detta utövande inte förblir okontrollerat även såvitt gäller till namnet icke-bindande unionsakter. [48]

87. För det tredje får dessa argument särskild tyngd under omständigheter där det redan föreligger en tydlig ”flykt till mjuka rättsliga instrument” på ett antal nya politikområden, bland vilka bankunionen och finansiell övervakning är levande exempel på detta fenomen. I detta sammanhang är det ganska paradoxalt att se att medan Lissabonfördraget till slut gav domstolen fullständig automatisk behörighet i fråga om samtliga akter som antogs av unionens organ och institutioner genom att avskaffa pelarstrukturen, som såvitt gäller rättsligt skydd var ofullständig, [49] kan samma problem nu återuppstå internt på områden där unionens verksamhet för reglering av enskildas beteende återigen faktiskt utesluts från granskning, denna gång genom domstolens eget val.

88. För det fjärde finns det ett ytterligare argument som specifikt avser unionens byråer i motsats till dess institutioner. Medan samtliga unionsorgan omfattas av principen om tilldelad behörighet förefaller unionens byråer dessutom tillerkännas ett specialiserat och ganska snävt mandat. Vid sidan av det konstitutionella argumentet varför en sådan struktur inte kräver endast en mild granskning finns det också ett mer pragmatiskt argument. Det är risken för ett ”hus fullt med mjuk lagstiftning”. I en situation där flera byråer eller organ har överlappande mandat vilket medför att de reglerar samma eller angränsande frågor (som återigen är fallet med bank och finans) skulle tolkning av sådana mandat på en relativt hög abstraktionsnivå och med hänsyn till uppnåendet av teoretiska mål endast leda till förekomsten av överlappande eller till och med motstridig mjuk lagstiftning.

89. Jag medger villigt att detta övervägande är unikt till sin karaktär: hur kan det per definition föreligga en *konflikt* mellan rättsligt icke-bindande bestämmelser? Vad som inte är rättsligt bindande kan inte vara i konflikt då det inte kan medföra några rättsliga förpliktelser. Vad är det som är motstridigt?

90. För det femte är problemet att domstolen tydligen har vägrat att ansluta sig till denna logik som senast bekräftades i målet Belgien/kommissionen. I mitt förslag till avgörande i det målet [50] föreslog jag möjligheten att se till formen av en unionsrättslig bestämmelse som sedan skulle avgöra bedömningen av dess materiella innehåll. Om något således kallas ”riktlinje” kommer det att bedömas inte medföra några som helst bindande rättsverkningar och envar kommer att ha rätt att fullt ut bortse från den, då det är en riktlinje.

47 Förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkterna 93–95).

48 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juni 1958, Meroni/High Authority (9/56, EU:C:1958:7), dom av den 14 maj 1981, Romano (98/80, EU:C:1981:104) och dom av den 22 januari 2014, Förenade kungariket/parlamentet och rådet (C-270/12, EU:C:2014:18).

49 Se vidare mitt förslag till avgörande i målet Ungern/parlamentet (C-650/18, EU:C:2020:985, punkterna 33–37).

50 Förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkterna 144–171).

91. Domstolen vidhöll emellertid den tidigare inställningen enligt vilken det först ska avgöras i varje enskilt fall och oberoende av rättsaktens formella benämning huruvida den är en ”äkta” eller ”falsk” mjuk rättslig bestämmelse.[51] Den nödvändiga följden av en sådan inställning är att innan det fastställs huruvida en viss bestämmelse är en äkta mjuk bestämmelse kan det inte uteslutas att den faktiskt medför rättsliga förpliktelser. Det är därför förvisso möjligt att adressaterna för unionsbestämmelser av vilket slag som helst kommer att själva finna att de faktiskt är i en situation i vilken de inte kan säga vad som är formellt bindande och såvitt gäller deras materiella skyldigheter vilken av de eventuellt motstridiga riktlinjer som de ska följa.

92. Som en avslutande illustration och med återgång till EBA:s specifika situation förefaller det som att unionslagstiftaren själv har börjat inse att eventuella frågor kan uppkomma och har visat en vilja att övervaka EBA:s verksamhet närmare. Förordning nr 1093/2010 har faktiskt ändrats under mellantiden genom förordning 2019/2175. Efter den ändringen, även om den inte är tidsmässigt tillämplig i förevarande mål, föreskriver en ny artikel 60a i förordning nr 1093/2010 med rubriken ”[EBA:s] överskridande av befogenhet” att ”[a]lla fysiska eller juridiska personer får lämna ett motiverat råd till kommissionen om de personerna anser att myndigheten har överskridit sin befogenhet, …när den handlar enligt [artikel] 16 … och att detta innebär ett direkt och individuellt problem för denna person.”[52]

93. Vad beträffar återigen äkta mjuk lagstiftning är allt detta helt enkelt förbluffande. En bestämmelse är införd i kapitel V i förordning nr 1093/2010, med rubriken ”Rättsmedel” och inleds med antagandet att vid utfärdande av vad som borde vara rättsligt icke-bindande riktlinjer och rekommendationer enligt artikel 16 i förordningen eller också icke-bindande yttranden enligt artikel 16a kan EBA överskrida sin befogenhet med den följden att det föreligger behov av ett rättsmedel. Vilket det systematiska skälet bakom en sådan bestämmelse än kan vara är det rimligt att anta att den inte skulle ha införts om inte unionslagstiftaren hade dragit slutsatsen att det kanske förelåg ett problem. Det enda som är säkert är att det är osannolikt att kommissionens brevlåda kommer att bli alltför belastad om som villkor för att en person ska tillåtas i huvudsak att skriva ett brev till kommissionen krävs att den berörda bestämmelsen innebär ett ”direkt och individuellt problem” för denna person, förvisso om inspiration till tolkningen av dessa begrepp skulle hämtas från denna domstols fasta praxis rörande artikel 263 fjärde stycket FEUF.

94. Med hänsyn till alla dessa argument kan jag endast dra slutsatsen att det är väsentligt att underkasta icke-bindande akter som antagits av unionens byråer *normal* domstolsprövning, i vart fall avseende deras befogenheter, så att dessa byråer inte lagstridigt inkräktar på andra unionsorgans eller institutioners befogenheter.

3. Vilken typ av (formell) utgång ger en sådan prövning?

95. En sista fråga i samband med domstolsprövning av en rättsligt icke-bindande bestämmelse rör typen av utgång under omständigheter under vilka en begäran om förhandsavgörande rörande giltigheten av en sådan bestämmelse har framställts. Vilken kan utgången bli i ett mål i vilket i) den omtvistade unionsakten inte är rättsligt bindande och därför inte är föremål för en talan om upphävande enligt artikel 263 FEUF och således inte kan formellt upphävas i det förfarandet men ii) där bristande befogenhet för den utfärdande myndigheten har konstaterats av domstolen efter en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF?

51 Dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkterna 29 och 32).

52 Se också skäl 5 i förordning 2019/2175: ”Innehållet i och formen för de europeiska tillsynsmyndigheternas verksamhet och åtgärder, inbegripet instrument såsom riktlinjer … bör alltid ha sin grund i och hålla sig inom ramarna för lagstiftningsakterna som avses i artikel 1.2 i inrättandeförordningarna eller vara inom deras befogenheter.” Se även andra stycket i den nya artikeln 16.1: ”Riktlinjer och rekommendationer ska överensstämma med mandatet i de lagstiftningsakter som avses i artikel 1.2 eller i den här artikeln.”

96. Två utgångar är möjliga. Först kan den rättsligt icke-bindande unionsbestämmelsen förklaras vara ogiltig vilket är den normala utgången för andra typer av (bindande) unionsbestämmelser som befunnits vara bristfälliga enligt artikel 267 FEUF. Sedan kan en fråga om en sådan bestämmelses giltighet omformuleras till en fråga om tolkning enligt artikel 267 FEUF avseende antingen tolkningen av själva den icke-bindande unionsakten eller tolkningen av den (bindande) rättsliga grunden på vilken denna akt antogs (i förevarande mål förordning nr 1093/2010).

97. Det som kanske omgående kan förkastas är det första alternativet i det andra scenariot: om domstolen skulle finna att en myndighet har antagit en icke-bindande unionsbestämmelse i strid med dess befogenhet kan jag inte förstå hur det då skulle ankomma på domstolen att faktiskt ägna sig åt att omformulera denna bestämmelse rättsligt genom ”tolkning” av vad som aldrig skulle ha varit där över huvud taget.

98. Om jag inte misstar mig har domstolen med avseende på dess praxis fram till nu aldrig funnit att en icke-bindande bestämmelse varit ogiltig förrän alldeles nyligen.[53] Detta beror kanske delvis på förhållandet att nationella domstolar vanligtvis har ställt frågor om *tolkning* i samband med sådana akter.[54] Det kan emellertid även konstateras att domstolen (hittills) alltid har omformulerat frågor om giltighet till frågor om tolkning.[55]

99. En sådan ”förvandling” är kanske tydligast märkbar i domen av stora avdelningen i målet Kotnik m.fl. där domstolen specifikt bedömde flera frågor om giltighet som om de vore frågor om tolkning.[56] Dessutom har domstolen vid två tidigare tillfällen också uttryckligt uteslutit möjligheten att bedöma giltigheten av bestämmelsen i fråga efter konstaterandet att den inte hade några bindande verkningar.[57]

100. Domstolens praxis kan således på ett sätt uppfattas som ett svar på den något våldsamma inledningen till detta förslag till avgörande: det som aldrig har varit levande (som lag) kan inte dödförklaras (av domstolen). Allt som domstolen kan göra är att med myndighet uttala att detta djur aldrig föddes, eftersom moderns fysionomi utesluter möjligheten att någonsin ge upphov till denna skapelse.

101. På ett sätt förhindrar denna lösning åtminstone vissa av de problem som kan uppstå om domstolen ogiltigförklarar en rättsakt enligt artikel 267 som inte kan upphävas enligt artikel 263 FEUF på grund av att den saknar bindande rättsverkningar. Domstolen kan fortsätta vidhålla denna inställning och således fastslå i detta mål att den kombinerade tillämpningen av artiklarna 1, 8 och 16 i förordning nr 1093/2010 utgjorde hinder för EBA att utfärda de omstridda riktlinjerna på grund av EBA:s bristande befogenhet i det avseendet.

53 I dom av den 25 mars 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249), i vilken domstolen ogiltigförklarade av EBA utfärdade rekommendationer. Det förhållandet att rekommendationerna i fråga utgjorde ett äkta mjukt lagstiftningsinstrument, det vill säga klart icke-bindande (punkt 79 i den domen) och således uttryckligen var uteslutna från prövning enligt artikel 263 FEUF (punkt 82) hindrade inte, enligt domstolen, en full prövning av giltigheten av denna icke-bindande åtgärd mot bakgrund av domen i målet Grimaldig med stöd av artikel 267 FEUF.

54 Se, förutom domen i målet Grimaldi, dom av den 13 juni 2017, Florescu m.fl. (C-258/14, EU:C:2017:448).

55 Se, till exempel, dom av den 8 april 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, punkt 17), dom av den 11 maj 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312) och dom av den 19 juli 2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, punkterna 31–34 och 46–94).

56 Dom av den 19 juli 2016, Kotnik m.fl. (C-526/14, EU:C:2016:570, punkterna 31–34 och 46–94) beträffande den hänskjutande domstolens frågor 2–5.

57 Se, till exempel, beträffande ett meddelande från kommissionen om import- och exportlicenser, dom av den 8 april 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, punkterna 16 och 17), beträffande slutsatserna av en tullkodexkommitté trots att dessa slutsatser ”skulle beaktas” av medlemsstaterna, dom av den 11 maj 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312, punkterna 40 och 41), tolkade mot bakgrund av punkt 24 i förslag till avgörande av generaladvokaten Poiares Maduro i det målet (EU:C:2006:78, punkt 24): ”endast en bestämmelse som har tvingande rättsverkan kan bli föremål för en legalitetskontroll”. Men se återigen den nyliga avvikelsen från denna linje i dom av den 25 mars 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, punktera 79, 82 och 83).

102. Ett sådant svar kan dessutom förefalla vara mer lämpligt än ett svar beträffande giltigheten i fråga 3, eftersom mycket formellt sett har den hänskjutande domstolen inte ställt en fråga om giltighet. Den hänskjutande domstolen har endast frågat huruvida EBA har överskridit sina befogenheter genom att utfärda de omstridda riktlinjerna.

103. På det hela taget är därför en sådan utgång möjlig.[58] Att förklara att djuret inte finns skiljer sig praktiskt taget inte mycket från att påstå att dess moder aldrig kunde ha fött det över huvud taget.[59] Detta påstående medför emellertid en kostnad som skapar egna problem. Det är därför jag ändå rekommenderar att domstolen uttryckligen ger ett svar beträffande giltigheten av de omstridda riktlinjerna.

104. För det första leder ett konstaterande av bristande befogenhet logiskt till upphävande eller ogiltigförklaring även om den hänskjutande domstolen har utformat fråga 3 så att den avser befogenheter.[60] Det är ganska svårt att se hur det kan föreligga en förklaring om överskridande av befogenheter samtidigt som akten på något sätt fortsätter att hänga i luften.

105. För det andra, och mer grundläggande, skulle det då ankomma på den hänskjutande domstolen att agera med anledning av det svar som lämnats av domstolen? Kan den nationella domstolen dra slutsatser av ett sådant uttalande av domstolen och själv förklara att riktlinjerna är ogiltiga? Eller skulle förklaringen om överskridande av befogenhet på unionsnivå ge den rätt att upphäva den nationella ”genomförande” mjuka rättsakten?

106. De ovan angivna hypotetiska valmöjligheterna för den nationella domstolen är i vart fall systematiskt sett otillfredsställande såvitt gäller tydliga normerande uppsättningar av regler, unionsregler och nationella regler, och kan underminera den praxis som följer av domen i målet Foto-Frost. Det är i princip uteslutande EU-domstolen som är behörig att behandla (o)giltigheten av unionsrättsliga bestämmelser. Däremot får endast nationella domstolar upphäva akter som har nationellt ursprung. Svar som innehåller att ”en unionsrättslig bestämmelse ska tolkas på det sättet att den utgör hinder för en annan bestämmelse” är i allmänhet lämpliga för *nationella* bestämmelser, inte för unionsbestämmelser (oavsett om de är bindande eller inte). Denna omväg är nödvändig när det gäller nationell lagstiftning då EU-domstolen är behörig att tolka unionsrätt men inte att pröva nationell rätt. Denna ordning är däremot inte lämplig när de omstridda riktlinjerna är unionsbestämmelser, eftersom EU-domstolen i princip är behörig att inte endast pröva utan också att upphäva eller ogiltigförklara dem.

107. För det tredje utgör omformulering av en fråga om ogiltighet till en fråga om tolkning en större ändring (eller i vart fall en nyansering) av Grimaldi-praxisen. I strid med vad som anges däri och med vad som ofta har upprepats därefter[61] skulle domstolen faktiskt inte vara behörig att döma i fråga om ”giltigheten av *alla* rättsakter som beslutats av unionens institutioner *utan undantag*”. Domstolen skulle således berövas möjligheten att döma i fråga om giltigheten av icke-bindande unionsakter enligt artikel 267 FEUF. Det skulle därför föreligga ett omfattande, ständigt växande undantag från domstolens behörighet både enligt artikel 267 FEUF och enligt artikel 263 FEUF med hänsyn till ökningen av förekomsten av mjuka rättsliga instrument.

58 Säkert i detta specifika mål. I andra fall kanske det inte alltid finns en generell rättslig bestämmelse såsom artikel 16 i förordning nr 1093/2010 på vilken en sådan ”tolkning” formellt kan anbringas.

59 Åtminstone för dessa tredje parter som endast önskar att det inte finns något djur. Det kan vara en annan sak om det betraktas från detta djurs synpunkt vilket kan känna sig något mer förolämpat av det senare påståendet.

60 Se, till exempel, dom av den 24 maj 2007, kommissionen/Portugal (C-376/06, ej publicerad, EU:C:2007:308, punkt 47).

61 Se den rättspraxis som angetts ovan i fotnot 19.

108. För det fjärde och slutligen skulle en nyansering av domen i målet Grimaldi faktiskt på ett sätt betyda att ett visst samband mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF skulle återinföras. Detta samband skulle emellertid i praktiken bli med den lägsta gemensamma nämnaren och till skada för ett effektivt rättsligt skydd som föreskrivs enligt unionsrätten. Det skulle betyda att eftersom effektiv tillgång till domstolsprövning av mjuka bestämmelser enligt artikel 263 FEUF inte föreligger är det bäst att det inte finns någon enligt artikel 267 FEUF heller.

109. I det avslutande avsnittet i detta förslag till avgörande (C) kommer jag att förklara varför och hur denna logik skulle vara oriktig i strukturellt hänseende. I syfte emellertid att ge ett svar på fråga 3 föreslår jag att domstolen ger det enklaste, tydligaste och ärligaste svaret: de omstridda riktlinjerna ska förklaras ogiltiga i den mån som EBA har agerat utanför de befogenheter som den tilldelats genom förordning nr 1093/2010.

C. Frågorna 1 och 2: förhållandet mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF

110. Det är först nu som man kan fullt ut bedöma de vidare frågor som väcks genom den hänskjutande domstolens frågor 1 och 2. Jag kommer att behandla båda dessa frågor som sådana var för sig nedan. Jag kommer att börja med den andra delen av frågorna 1 och 2 som avser FBF:s talerätt vid den nationella domstolen (1). Jag övergår sedan till domen i målet Foto-Frost och frågan huruvida en nationell domstol är skyldig att framställa en begäran om förhandsavgörande till denna domstol om det som den överväger till stor del liknar ”diskvalificering” av den nationella tillämpningen av en icke-bindande unionsakt (2). Jag kommer slutligen att ägna mig åt det övergripande förhållandet mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF med avseende på icke-bindande unionsrättsliga bestämmelser som ligger till grund för de första delarna av frågorna 1 och 2 (3). Detta tillvägagångssätt kommer slutligen föra mig till en ganska otillfredsställande slutsats beträffande unionsrättens allmänna tillstånd på detta område med en undran hur (om alls) domarna i målen Grimaldi, Foto-Frost och Belgien/kommissionen faktiskt kan förenas med avseende på mjuka lagstiftningsinstrument (4).

1. Talerätt enligt artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF (andra delarna av frågorna 1 och 2)

111. När den andra delen av fråga 1 tolkas bokstavligt och fristående för sig [62] ska den avvisas då förevarande mål inte avser en talan om upphävande. Den andra delen av fråga 2 ska besvaras på det sättet att det är en fråga för den nationella rätten, inte unionsrätten, att avgöra när och hur en part i ett nationellt mål kan göra en invändning om ogiltighet.

112. När emellertid frågorna 1 och 2 läses tillsammans och sätts in i sitt sammanhang i förevarande mål framgår det att den hänskjutande domstolen faktiskt har ”TWD-scenariot” i åtanke: en situation i vilken en sökande, som kunde ha väckt talan om ogiltighet mot en unionsakt vid EU-domstolen men har underlåtit att göra det, är förhindrad att angripa giltigheten av en nationell bestämmelse som införlivar denna rättsakt vid en nationell domstol.

62 Se ovan punkterna 30–34 i detta förslag till avgörande.

113. TWD-praxisen,[63] som senast renodlats i domen i målet Georgsmarienhütte,[64] innebär att när en person som avser angripa en unionsbestämmelse otvivelaktigt har talerätt enligt artikel 263 fjärde stycket FEUF är denna person skyldig att vidta den åtgärd som föreskrivs i denna bestämmelse genom att väcka talan vid tribunalen. Möjligheten för en part att vid den nationella domstol som prövar dennes talan göra invändning om ogiltighet av bestämmelser i unionsakter förutsätter således att parten i fråga inte hade någon rätt till direkt talan enligt artikel 263 FEUF genom vilken denne kunde angripa dessa bestämmelser.

114. I förevarande mål söker den hänskjutande domstolen klarhet i huruvida en branschorganisation, såsom FBF, kunde ha angripit EBA:s riktlinjer genom en ogiltighetstalan för att avgöra huruvida under omständigheterna i förevarande mål det fortfarande är möjligt att angripa lagenligheten av en nationell bestämmelse (meddelandet från ACPR) som innebar att riktlinjerna blev tillämpliga.

115. Under omständigheterna i ett mål som rör en äkta mjuk lagbestämmelse anser jag inte att sådana överväganden på något sätt är *relevanta*. Även om dessa överväganden vore relevanta är de inte *motiverade*.

116. För det första skulle en ogiltighetstalan i vart fall inte vara tillåten på grund av beskaffenheten av unionsbestämmelsen i fråga oavsett huruvida sökanden är direkt och personligen berörd, eftersom EBA:s riktlinjer inte är bindande enligt domstolens traditionella inställning.[65] Domstolens inställning fram till nu har varit att om det är en äkta mjuk lagbestämmelse föreligger över huvud taget ingen angripbar akt. I praktiken föregår en sådan (objektiv) bedömning även bedömningen av den (ganska subjektiva) talerätten för personen i fråga. På ett sätt kan granskning av sådana bestämmelser således inte begäras *av någon* enligt artikel 263 FEUF om det inte finns någon angripbar akt.

117. För det andra och under alla förhållanden skulle TWD-praxisen helt enkelt inte aktualiseras i detta mål, och mer allmänt sett knappast någonsin i något fall som rör mjuka lagbestämmelser.

118. Skälet härtill är enkelt. Domen i målet TWD och dess efterföljare kräver att det ska föreligga en ”otvivelaktig rätt” att väcka ogiltighetstalan enligt artikel 263 FEUF för att hindret mot en granskning av samma sökande enligt artikel 267 FEUF ska aktualiseras.[66] Det är emellertid ganska omöjligt att påstå att en branschorganisation som skyddar dess medlemmars intressen, såsom FBF, skulle ha sådan otvivelaktig rätt att föra talan enligt artikel 263 FEUF mot sådana icke-bindande unionsbestämmelser som de omstridda riktlinjerna. Med avseende på mjuka lagbestämmelser måste det alltid först bedömas huruvida en sådan bestämmelse faktiskt är en äkta eller falsk icke-bindande rättsakt, vilket i sig självt är en ganska komplicerad bedömning. Sedan skulle frågan vara huruvida en sammanslutning eller annat organ som tillvaratar sina medlemmars intressen skulle vara personligen och direkt berörd för att tillerkännas talerätt.[67]

63 Dom av den 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), dom av den 23 februari 2006, Atzeni m.fl. (C-346/03 och C-529/03, EU:C:2006:130, punkt 31), dom av den 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punkt 41) och dom av den 28 april 2016, Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punkt 46).

64 Dom av den 25 juli 2018, Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:582).

65 Som angetts ovan i punkterna 40–55 i detta förslag till avgörande.

66 Se dom av den 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, punkt 24) och dom av den 25 juli 2018, Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:582, punkt 17).

67 För en beskrivning av detta komplicerade förhållande och de olika resultaten därav, se, till exempel, dom av den 16 mars 1978, Unicme m.fl./rådet (123/77, EU:C:1978:73), dom av den 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/rådet (C-50/00 P, EU:C:2002:462) och dom av den 10 januari 2006, IATA och ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

119. Allt detta utgör ett slag av komplicerad bedömning som är mycket olik logiken och syftet med TWD-undantaget.[68] Detta undantag ska vederbörligt begränsas till *uppenbar* behörighet. Det kan inte utsträckas till *möjlig* behörighet där den faktiska bedömningen av villkoren enligt artikel 263 FEUF i praktiken skrivs in i artikel 267 FEUF varvid de nationella domstolarna sedan åläggs att pröva dem parallellt. Inte heller kan det ställas på sin ända och göra det till att *det uppenbart ska avvisas*.

120. Följden är att enligt unionsrätten kan en branschorganisation förvisso angripa unionsrättsliga riktlinjer avsedda för dess medlemmar, vars intressen den skyddar, genom en talan om ogiltighet även om den inte var direkt och personligen berörd av dem. När och hur den eventuellt kan göra det enligt nationell rätt och nationellt förfarande är en helt annan fråga och ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

2. Är domen i målet Foto-Frost tillämplig på icke-bindande bestämmelser?

121. Innan den övergripande strukturfrågan om graden av (brist på) samband mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF behandlas, vilken väckts av den hänskjutande domstolen beträffande granskning av giltigheten av mjuka lagbestämmelser, finns det en annan pusselbit som måste diskuteras: domen i målet Foto-Frost.

122. Domen i målet Foto-Frost och dess inverkan på en nationell prövning av icke-bindande bestämmelser har berörts av den hänskjutande domstolen i dess begäran om förhandsavgörande även om detta inte har föranlett en specifik fråga till domstolen. Förevarande begäran om förhandsavgörande är resultatet av den hänskjutande domstolens tillämpning av de två domarna i målen Grimaldi och Foto-Frost i det specifika sammanhanget rörande icke-bindande bestämmelser där nationell rätt tillåter direkt prövning av mjuka lagbestämmelser medan unionsrätten inte gör det. Är nationella domstolar i ett sådant scenario *skyldiga* att fråga domstolen om giltigheten av de omstridda riktlinjerna med tillämpning av domen i målet Foto-Frost? Eller ska den tolkas som en *valmöjlighet* som erbjuds enligt den praxis som följer av domen i målet Grimaldi?[69]

123. Domen i målet Foto-Frost förklarade att en nationell domstol är skyldig att begära förhandsavgörande av domstolen beträffande giltigheten av en unionsrättslig bestämmelse såvida den inte anser att de omständigheter som åberopats till stöd för ogiltighet saknar grund.[70] Det syfte som angavs för denna skyldighet, som inte har stöd i fördragets ordalydelse,[71] är dubbelt: för det första är enhetlighet särskilt viktig när fråga är om ogiltigheten av en unionsakt så att det inte föreligger skilda uppfattningar mellan nationella domstolar i detta avseende. För det andra nödvändiggör samstämmigheten i systemet med domstolsskydd och unionens fullständiga system med rättsmedel (i synnerhet domstolens exklusiva behörighet att ogiltigförklara unionsbestämmelser) att när giltigheten av en unionsakt angrips vid en nationell domstol måste behörigheten att förklara denna akt ogiltig förbehållas domstolen.[72]

124. Till skillnad från kommissionen förstår jag inte hur denna logik och de två syften som angetts också skulle vara tillämpliga på äkta mjuka lagbestämmelser.

68 Se, i detta avseende, förslag till avgörande av generaladvokaten Campos Sánchez-Bordona i målet Georgsmarienhütte m.fl. (C-135/16, EU:C:2018:120, punkt 40).

69 För fullständighetens skull kan det nämnas att om domstolen skulle anamma inställningen enligt vilken frågor om giltighet av mjuk lagstiftning enligt artikel 267 FEUF faktiskt avser tolkningen av den ”överordnade lagstiftningen” (som diskuterats ovan i punkterna 98–103), då skulle domen i målet Foto-Frost logiskt sett inte vara tillämplig på mjuk lagstiftning i något fall. Detta skulle emellertid också betyda att domen i målet Grimaldi delvis ändras (eller, uttryckt med en eufemism, avsevärt ”nyanseras”) (punkt 107 i detta förslag till avgörande).

70 Dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punkterna 14–20), dom av den 22 juni 2010, Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkterna 54–56), dom av den 6 oktober 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, punkt 62) och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 78).

71 Se mitt förslag till avgörande i målet Consorzio Italian Management (C-561/19, punkterna 47 och 48).

72 Dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punkterna 15–17).

125. För det första är det beträffande kravet på *enhetlighet* riktigt att enligt ett visst synsätt de behöriga nationella myndigheter som beslutar att följa de omstridda riktlinjerna ska göra det på samma sätt i hela unionen. I synnerhet bemyndigar artikel 16.1 i förordning nr 1093/2010 EBA att utfärda sådana riktlinjer i syfte att ”säkerställa en gemensam, enhetlig och konsekvent tillämpning av unionsrätten”. Den eftersträvade enhetligheten är således inte i huvudsak en enhetlighet inom unionen och den inre marknaden i deras helhet utan enhetlighet mellan enskilda och ganska tillfälliga, normerande grupper begränsat till medlemsstaterna vars behöriga myndigheter beslutade att ansluta sig till riktlinjerna.

126. Är det emellertid detta slag av enhetlighet som domen i målet Foto-Frost syftade på? Ska denna enhetlighet också kategoriskt krävas med avseende på bestämmelser där per definition inte föreligger sådan enhetlighet, vilket är fallet med bestämmelser som endast *får* (i motsats till ska) tillämpas? Såvitt gäller EBA:s riktlinjer och rekommendationer i synnerhet gör artikel 16.3 i förordning nr 1093/2010 klart att behöriga nationella myndigheter kan besluta att inte ansluta sig. Om en nationell domstol dessutom beslutar att utan domstolens medverkan upphäva den nationella bestämmelse som genomför en icke-bindande unionsbestämmelse kommer det att praktiskt sett ha samma verkan som beslutet av den behöriga myndigheten att inte ansluta sig.

127. För det andra är argumentet som rör *samstämmigheten i systemet med domstolsskydd* och unionens fullständiga system med rättsmedel möjligen ännu mer intressant. I domen i målet Foto-Frost förklarade domstolen i huvudsak att skyldigheten att begära förhandsavgörande avseende giltighet motiveras av det förhållandet att domstolen själv med avseende på unionsrättsliga bestämmelser tillhandahåller en effektiv domstolsprövning som är jämförbar med den som garanteras av nationella domstolar.

128. För närvarande är emellertid på *horisontell* nivå tillgången till prövning av icke-bindande unionsrättsliga bestämmelser helt enkel inte möjlig enligt artikel 263 FEUF då det inte finns någon angripbar akt över huvud taget vilket betyder att ogiltighetstalan inte anses kunna tas upp till prövning. På *vertikal* nivå förefaller avsaknad av likvärdig domstolsprövning vara ännu tydligare när den jämförs med (vissa) nationella domstolar, såsom den hänskjutande domstolen i förevarande mål, som faktiskt säkerställer (visst) effektivt domstolsskydd såvitt gäller icke-bindande bestämmelser. [73]

129. Samstämmigheten med avseende på *effektivt domstolsskydd* avseende icke-bindande unionsbestämmelser kräver således, om något, exakt det motsatta resultatet: nämligen att domen i målet Foto-Frost uppenbarligen inte kan vara tillämplig på sådana bestämmelser. Jag kan knappast se något förnuft i argumentet att, eftersom unionsdomstolarna inte erbjuder något effektivt skydd mot äkta mjuka lagbestämmelser, att *obefintligt skydd ska centraliseras* vid EU-domstolen.

130. Om detta vore fallet anser jag att det kan vara ett av de sällsynta tillfällen när tillämpning av artikel 53 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) mycket väl kan bli aktuell. Det råder enligt min uppfattning föga tvivel om att en nationell rättsordning som ger enskilda personer tillgång till en effektiv domstolsprövning av icke-bindande akter som påverkar deras rättsliga ställning säkerställer en hög (högre) nivå på rättsligt skydd i jämförelse med den som erbjuds av EU-domstolen.

131. Enligt dess logik och syfte är domen i målet Foto-Frost sammanfattningsvis inte tillämplig på icke-bindande unionsbestämmelser. Detta betyder i praktiskt hänseende att en nationell domstol har rätt, om den själv är berättigad därtill enligt nationell rätt, att upphäva den akt om ”inkorporering” eller ”införlivande” varigenom en mjuk unionsrättslig bestämmelse gjordes tillämplig inom det nationella territoriet, utan att vara skyldig att först tillställa domstolen en begäran om förhandsavgörande i denna fråga. På samma sätt är den ”parallellism mellan klandergrunderna” som anges av domstolen i domen

73 Se, till exempel, domar meddelade av Conseil d’État (Högsta förvaltningsdomstolen) den 21 mars 2016, Société Fairvesta International GmbH m.fl. (No. 368082) och av den 21 mars 2016, Société Numéricable (No. 390023). Se, beträffande exempel från andra nationella rättsordningar, mitt förslag till avgörande i målet Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punkterna 84 och 85).

Melki och Abdeli[74] och som föreskriver en skyldighet att hänskjuta inte heller tillämplig på icke-bindande unionsbestämmelser. Detta hindrar naturligtvis inte att nationella domstolar framställer en begäran om förhandsavgörande avseende tolkningen av ett icke-bindande instrument eller dess överordnade lagstiftning. Logiken i domen i målet Foto Frost att centralisera ogiltighetsprövningen är emellertid helt enkelt inte tillämplig på icke-bindande unionsbestämmelser.

132. En sådan slutsats kan förefalla radikal men endast för dem som internt tror något annat än vad de säger utåt. Om man verkligen tror att unionens mjuka lagstiftning inte är bindande och inte har några rättsverkningar alls, varför ska man då bry sig över tanken att de nationella domstolarna får göra som de vill med nationella bestämmelser som genomför enbart sådan vägledning? Samstämmigheten är central här. Antingen tror man att sådana bestämmelser faktiskt medför vissa verkningar (men i det fallet skulle tillgång till unionsdomstolarna föreligga) eller anser man att det inte finns några rättsverkningar alls. Frågan blir då emellertid: Varför skulle det vara ett problem om en nationell domstol upphäver den? Den domstolen ägnar sig i bästa fall åt en fullständigt meningslös övning, att döda något som alltid varit dött.

133. Den enda valmöjlighet som ställer till med problem är den som innebär att, såvitt gäller tillgång till unionsdomstolarna enligt artikel 263 FEUF, en akt inte har några bindande rättsverkningar alls, med den följden att det inte föreligger någon tillgång alls till unionsdomstolarna. När emellertid samma fråga behandlas enligt artikel 267 FEUF skulle samma akt mirakulöst återuppstå och bli fullständigt levande och skyldigheten enligt domen i målet Foto-Frost till och med utlöst. Den mycket oroande bild som framkommer ur en sådan motstridighet är att en unionsrättsakts karaktär skulle ändras beroende på huruvida den rör å ena sidan tillgång till EU-domstolen eller, å andra sidan, nationella domstolars skyldigheter.

3. Tillgång till domstolen enligt artikel 267 FEUF och tillgång enligt artikel 263 FEUF: Ett fullständigt system med rättsmedel? (första delarna av frågorna 1 och 2)

134. Den generella strukturella fråga som började framträda delvis tidigare i detta avsnitt är följande: i vilken omfattning kan man hävda att en unionsakt som inte är rättsligt bindande (således inte klanderbar enligt artikel 263 FEUF) ändå kan prövas och eventuellt ogiltigförklaras enligt artikel 267 FEUF? De två föregående punkterna, det vill säga frågan om TWD-undantaget och logiken som ligger till grund för domen i målet Foto-Frost bygger på antagandet att det finns ett unionsrättsligt system med domstolsskydd som bör fungera som en helhet.

135. Det föreligger emellertid också ett antal argument som innebär att en viss grad av särskiljande mellan dessa två typer av förfaranden är möjlig, i synnerhet med avseende på icke-bindande unionsrättsliga bestämmelser.

136. För det första finns det redan en tydlig skillnad i ordalydelsen. Artikel 263 första stycket begränsar tillämpningsområdet för denna bestämmelse till akter som har *rättsverkningar* gentemot tredje man, till vilket domstolen i sin praxis har lagt *bindande* rättsverkningar. Endast sådana akter är angripbara enligt artikel 263 FEUF.[75] Till skillnad därifrån finns det inte någon sådan begränsning i vare sig

74 Dom av den 22 juni 2010, Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkterna 55 och 56) uttalade tydligt att en följd av skyldigheten enligt domen Foto-Frost var att om en domstol har att pröva ett angrepp på giltigheten av en nationell genomförandeåtgärd avseende samma omständigheter som de som föreligger beträffande den ursprungliga unionsbestämmelsen, ska den domstolen ge EU-domstolen tillfälle att pröva samma omständigheter med avseende på den ursprungliga lagbestämmelsen genom att begära förhandsavgörande av domstolen avseende giltigheten av denna unionsrättsliga bestämmelse.

75 Se, till exempel, dom av den 13 oktober 2011, Deutsche Post och Tyskland/kommissionen (C-463/10 P och C-475/10 P, EU:C:2011:656, punkt 36), dom av den 13 februari 2014, Ungern/kommissionen (C-31/13 P, EU:C:2014:70, punkt 54), dom av den 25 oktober 2017, Rumänien/kommissionen (C-599/15 P, EU:C:2017:801, punkt 47), dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkt 31) och dom av den 26 mars 2019, kommissionen/Italien (C-621/16 P, EU:C:2019:251, punkt 44).

ordalydelsen eller i den fasta rättspraxis som rör tillämpningsområdet för artikel 267 FEUF. Som har bekräftats vid ett antal tillfällen av domstolen i Grimaldi-praxisen ger artikel 267 FEUF domstolen behörighet att meddela förhandsavgöranden rörande giltigheten och tolkningen av unionsinstitutionernas *samtliga akter utan undantag*.[76]

137. För det andra har domstolen samtidigt som den betonat samstämmigheten i systemet också krävt att det finns ett ”fullständigt system med rättsmedel” som erbjuds i unionsrätten. Enligt domstolen har fördraget genom artikel 263 FEUF och artikel 277 FEUF, å ena sidan, och artikel 267 FEUF å andra sidan, ett fullständigt system med rättsmedel och förfaranden som utformats för att säkerställa domstolsprövning av lagenligheten av unionsakter, och har anförtrott unionsdomstolarna denna prövning.[77] Alltsedan domen i målet Unión de Pequeños Agricultores/rådet[78] har inriktningen på det ”fullständiga systemet med rättsmedel” tillåtit icke-privilegierade sökande att vända sig till domstolen enligt artikel 267 FEUF när de inte kunde det enligt artikel 263 FEUF på grund av den höga tröskeln i form av villkoret direkt och personligen berörd.

138. Med andra ord ska de olika förfarandena *komplettera* varandra *för att vara fullständiga*. Detta är grundstenen på vilken mycket av rättspraxis på detta område vilar under de senaste 30 åren, alltsedan dörren (såvitt gäller direkt tillgång) (åter) stängdes i domen i målet Unión de Pequeños Agricultores. Enligt denna logik har villkoren och tillgång enligt artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF faktiskt just åtskilts: den relativt begränsade tillgången enligt artikel 263 FEUF var tänkt att kompletteras med den mycket fria tillgången enligt artikel 267 FEUF med de nationella domarna som grindvakter.

139. I förevarande mål är det den franska regeringen men också den hänskjutande domstolen som i stor omfattning har citerat domstolens praxis i detta avseende, som grundar sig på denna logik för att åstadkomma möjligheten av begäran om förhandsavgörande avseende giltigheten av icke-bindande unionsbestämmelser när en ogiltighetstalan inte är möjlig.

140. För det tredje skulle denna kompletterande karaktär och åtföljande åtskillnad också vara nödvändiga för att säkra viss grad av tillgång till ett effektivt rättsmedel som kan vara förenlig med artikel 47 i stadgan. Det skulle vara fullständigt oförenligt med de kraftfulla krav som domstolen nyligen fastställt enligt den bestämmelsen[79] eller även enligt artikel 19 FEU[80] om unionsbestämmelser som påverkar en enskild persons rättsliga ställning strukturellt sett aldrig kunde nå domstolen.

141. En sådan åtskillnad mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF med avseende på prövning av icke-bindande unionsbestämmelser saknar emellertid inte sina intellektuella utmaningar, varav vissa ganska strukturellt besvärliga.

142. För det första är det på en begreppsmässig nivå svårt att förstå med hänsyn till karaktären hos de icke-bindande unionsbestämmelserna hur en begäran om förhandsavgörande avseende giltigheten av icke-bindande unionsbestämmelser kan tillåtas medan en ogiltighetstalan inte kan det. En rättsakt som inte klandras av någon sökande enigt artikel 263 FEUF blir plötsligt en angripbar akt för alla enligt artikel 267 FEUF.

76 Se den rättspraxis som angetts ovan i fotnot 19.

77 Se, till exempel, dom av den 23 april 1986, Les Verts/parlamentet (294/83, EU:C:1986:166, punkt 23), dom av den 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./parlamentet och rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punkt 92) och dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 66).

78 Dom av den 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/rådet (C-50/00 P, EU:C:2002:462, punkt 40).

79 Se, till exempel, dom av den 16 maj 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punkterna 43–59) och dom av den 29 juli 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626).

80 Se, till exempel, dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkterna 29–40), dom av den 24 juni 2019, kommissionen/Polen (Högsta domstolens oavhängighet) (C-619/18, EU:C:2019:531) och dom av den 19 november 2019, A.K. m.fl. (Oavhängigheten hos avdelningen för disciplinära mål vid Högsta domstolen) (C-585/18, C-624/18 och C-625/18, EU:C:2019:982, punkterna 82–86).

143. Det är dessutom fast rättspraxis att begäran om förhandsavgörande som avser att pröva giltigheten av en bestämmelse i likhet med ogiltighetstalan utgör ett sätt för prövning av lagenligheten av unionsakter.[81] Medan utgången vid ett konstaterande av oförenlighet av unionsbestämmelsen i fråga med högre unionsrätt är något olika formellt (nämligen upphävande enligt artikel 263 FEUF i motsats till konstaterandet av ogiltighet enligt artikel 267 FEUF) har de samma allmängiltiga verkan *(erga omnes)* och i allmänhet rättsverkningar från tiden för rättsaktens tillkomst *(ex tunc)*: unionsakten i fråga ska anses vara ogiltig och ska inte längre tillämpas.[82]

144. Enligt all logik är unionsakter antingen bindande och de kan således upphävas eller konstateras vara ogiltiga enligt *antingen* artikel 263 FEUF *eller* artikel 267 FEUF eller är de *inte* bindande varför de *inte* kan prövas och därför inte kan upphävas och förklaras vara ogiltiga enligt *både* artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF.

145. För det andra är det inte omedelbart uppenbart varför logiken som ligger till grund för det ”fullständiga systemet med rättsmedel” ska vara tillämpligt heller, om det alls inte finns någon akt som kan prövas. Domstolens praxis i detta avseende är i huvudsak ett verktyg för att bemästra avsaknaden av (subjektiv) enskild talerätt i ett förfarande (artikel 263 FEUF) genom att framhålla var detta villkor inte föreligger i ett annat förfarande (artikel 267 FEUF). Syftet var att försöka återinföra en sorts balans mellan privilegierade och icke-privilegierade sökande. Det är egentligen inte ett verktyg för att skapa tillgång till domstolen enligt artikel 267 FEUF när denna tillgång är stängd för alla, inbegripet privilegierade sökande enligt artikel 263 FEUF.

146. Att göra detta skulle dessutom vända upp och ned på skillnaden, som har gett upphov till en hel del rättspraxis rörande artikel 263 FEUF men som inte förekommer i anslutning till artikel 267 FEUF, mellan privilegierade och inte-privilegierade sökande med avseende på prövning av icke-bindande unionsbestämmelser. Medan i målet Belgien/kommissionen en privilegierad sökande (en medlemsstat) nekades möjligheten att angripa en icke-bindande unionsbestämmelse avseende frågan om unionens bristande behörighet vid antagandet av en sådan bestämmelse,[83] skulle samma talan däremot varit möjlig för varje individuell sökande utan att denne behövde visa sig vara direkt och personligt berörd, via artikel 267 FEUF.

147. Allt detta skulle praktiskt sett betyda att för att begära prövning av en icke-bindande unionsbestämmelse skulle privilegierade sökande hamna i samma, eller ibland till och med sämre, ställning som individuella sökande. En medlemsstat skulle exempelvis behöva indirekt angripa genomförandet av (förmodligen dess egen) nationella bestämmelse vid en nationell domstol. Alternativt, eftersom det är oklart huruvida nationella processregler ens kan tillåta sådan talan skulle medlemsstaternas myndigheter behöva hålla tummarna för att: a) en enskild sökande angriper genomförandeåtgärden, b) den nationella domstolen tillåter myndigheterna i medlemsstaten att intervenera i det nationella målet, c) den domstolen vänder sig till domstolen med en begäran om förhandsavgörande (avseende tolkning eller giltighet) så att medlemsstatens myndigheter slutligen kan föra sin talan vid domstolen. Situationen skulle bli till och med mer intressant med avseende på en annan typ av sökande, det vill säga unionsinstitutionerna.

148. För det tredje och slutligen finns det också ett annat ganska pragmatiskt argument beträffande varför det i begränsad omfattning är meningsfullt att verka för god tillgång till domstolsprövning av icke-bindande bestämmelser enligt artikel 267 FEUF medan tillgång enligt artikel 263 FEUF i själva verket förblir stängd: en förnuftig fördelning av måltillströmningen i EU-domstolen. Det argumentet

81 Se, till exempel, dom av den 28 mars 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 68 och där angiven rättspraxis).

82 Se, till exempel, för ett liknande resonemang, dom av den 26 april 1994, Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, punkt 17), dom av den 5 oktober 2004, kommissionen/Grekland (C-475/01, EU:C:2004:585, punkt 18 och där angiven rättspraxis) och dom av den 6 oktober 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, punkt 52).

83 Se, i synnerhet, den första grunden för överklagandet (dom av den 20 februari 2018, Belgien/kommissionen (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punkt 39)).

gäller inte specifikt mjuk lagstiftning utan ganska generellt för politiken på domstolsområdet under de senaste 30 åren med restriktiv tillgång över hela linjen enligt artikel 263 FEUF medan obegränsad tillgång tillåts enligt artikel 267 FEUF.[84] Följden av denna rättsliga politik har blivit att frågor som annars skulle ha behandlats på den nivå i domstolssystemet där det för närvarande finns både relevant kunnande och kapacitet, det vill säga tribunalen, har i stället kommit direkt till domstolen genom mål om begäran om förhandsavgörande.

4. En (strukturellt) otillfredsställande (men nödvändig) slutsats

149. Domarna i målen Grimaldi, Foto-Frost och Belgien/kommissionen. Jag finner det vara ganska svårt eller snarare omöjligt att tillämpa samtliga dessa tre domar samtidigt i ett sammanhang som det förevarande. Ett övervägande av hur man bör förena alla tre domar med avseende på icke-bindande unionsbestämmelser påminner om ett schackspel i dödläge, i vilket, oavsett det drag man beslutar att göra, resultatet är en oundviklig förlust av åtminstone en pjäs.

150. Enligt min uppfattning är det mycket klart vilken av de tre som bör revideras. Detta kan emellertid inte göras genom ett förhandsavgörande. Efter min åsikt utgör förevarande begäran om förhandsavgörande endast ett mycket nyttigt exempel för att belysa vad som kommer att hända om domstolen förblir fångad i den tudelning som rått under decennier beträffande att lagstiftningen antingen är 100 procent bindande eller inte alls bindande. Till slut kan kanske någon känna sig manad att träda fram och ombesörja det nödvändiga rättsliga skydd som domstolen inte är villig att tillhandahålla enligt artikel 263 FEUF.

151. Med hänsyn till den specifika utgången i förevarande mål har emellertid domstolen, åtminstone teoretiskt, tre valmöjligheter.

152. För det första kan den till att börja med kopiera över kravet att det ska vara fråga om en rättsligt bindande unionsrättsakt (det vill säga en angripbar akt) från artikel 263 FEUF till möjligheten att framställa en begäran om förhandsavgörande avseende giltighet enligt artikel 267 FEUF. I detta fall skulle domstolen emellertid inte beakta ordalydelsen i artikel 267 första stycket FEUF, frångå domen Grimaldi och klart göra så att domen Foto-Frost inte är tillämplig på sådana icke-akter. Det finns dessutom något att säga om kravet på ”samstämmighet” mellan rättsmedel som resulterar i att det i samstämmighetens intresse inte finns något rättsmedel alls. Att behandla alla lika illa är emellertid på ett sätt samstämmigt, formellt sett.

153. För det andra skulle domstolen kunna omformulera den tredje frågan från den hänskjutande domstolen till en fråga i huvudsak om tolkningen av den rättsliga grunden för de omstridda riktlinjerna och inte deras giltighet.[85] Detta skulle utgöra ett partiellt frångående av domen i målet Grimaldi, såvitt det inte skulle kunna pressas in som ett ”klarläggande” av den domen: när Grimaldi och all rättspraxis därefter fortsatte att vidhålla att frågor om giltighet var möjliga med avseende på ”alla unionsakter utan undantag” har det alltid varit underförstått att vad de faktiskt menade var ”alla *rättsligt bindande* unionsrättsakter utan undantag”.[86] Följaktligen skulle inte heller domen i målet Foto-Frost vara tillämplig på sådana akter.

84 Se, i allmänhet, mitt förslag till avgörande av den 16 juli 2020 i målet Région de Bruxelles-Capitale/kommissionen (C-352/19 P, EU:C:2020:588, punkt 142).

85 Som berörts ovan (punkterna 102–108 i detta förslag till avgörande) kunde domstolen vidhålla det formella förhållandet att enligt dess exakta ordalydelse kan fråga 3 från den hänskjutande domstolen uppfattas som en fråga om tolkning. Detta betyder emellertid också ett godtagande av att det ankommer på den nationella domstolen att dra de yttersta konsekvenserna av konstaterandet av ett unionsorgans överskridande av sina befogenheter.

86 Se, återigen, dom av den 25 mars 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, punkt 83)

154. För det tredje skulle domstolen naturligtvis kunna konstatera att de omstridda riktlinjerna är ogiltiga om den skulle finna att EBA överskred sin behörighet. Detta skulle innebära vidmakthållande och tillämpning av domen i målet Grimaldi men indirekt att domen i målet Belgien/kommissionen omprövas. Det senare avgörandet och den tidigare rättspraxis som den ristade i sten med avseende på beskaffenheten av en angripbar akt enligt artikel 263 FEUF skulle naturligtvis formellt förbli opåverkad. Av alla skäl som beskrivits i det tidigare avsnittet avseende graden av möjlig misstämning mellan artikel 263 FEUF och artikel 267 FEUF [87] undrar jag emellertid hur länge denna åtskillnad rimligtvis kan upprätthållas.

155. Trots alla dessa frågor förblir, *så länge som* det inte finns något effektivt rättsligt skydd mot eventuella skadliga rättsverkningar av icke-bindande unionsbestämmelser enligt artikel 263 FEUF, en begäran om förhandsavgörande avseende giltighet enligt artikel 267 FEUF beträffande samma akter det enda sättet på vilket denna domstol kan säkerställa att det finns åtminstone någon likhet med ett fullständigt system med rättsmedel föreskriven i unionsrätten. Detta är den strukturellt otillfredsställande men enda möjliga slutsatsen såvitt gäller effektivt rättsligt skydd.

V. Förslag till avgörande

156. Jag föreslår att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen, Frankrike) på följande sätt

– Artikel 267 FEUF tillåter att en begäran om förhandsavgörande framställs avseende bedömningen av giltigheten av icke-bindande unionsakter såsom riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter som antogs av Europeiska bankmyndigheten den 22 mars 2016.

– Artikel 267 FEUF utgör inte hinder för att en branschorganisation genom en talan om bristande lagenlighet, som ges in till en nationell domstol i enlighet med regler om talerätt i nationell rätt, för att angripa riktlinjer avsedda för de medlemmar vars intressen den skyddar och som inte berör den direkt och personligt.

– Räckvidden för och innehållet i de riktlinjer om processer för produktgodkännande i fråga om bankprodukter för konsumenter som antogs av Europeiska bankmyndigheten den 22 mars 2016 omfattas inte av tillämpningsområdet för de lagstiftningsakter som nämns i artikel 1.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1093/2010 av den 24 november 2010 om inrättande av en europeisk tillsynsmyndighet (Europeiska bankmyndigheten), om ändring av beslut nr 716/2009/EG och om upphävande av kommissionens beslut 2009/78/EG. Dessa riktlinjer är därför ogiltiga.

87 Se ovan, punkterna 135–148 i detta förslag till avgörande.