CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 15 april 2021 [1]

Zaak C-911/19

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

[verzoek van de Conseil d'État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Bankrecht – Richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken – Zachte wetgeving – Niet-bindende maatregelen van de Unie met rechtsgevolgen – Tenuitvoerlegging door de lidstaten – Rechterlijke toetsing – Verhouding tussen artikel 263 en artikel 267 VWEU – Onbevoegdheid van de Europese Bankautoriteit"

I. Inleiding

1. Zoals een leuze in *Game of Thrones* luidt: „wat dood is, kan nooit sterven". Wellicht met uitzondering van de White Walkers kan wat al dood is dus ook niet worden omgebracht. Kan iets dat nooit in leven is geweest (of beter gezegd nooit als een bindende Unierechtelijke handeling heeft bestaan) evenwel bij wege van prejudiciële verwijzing door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof") nietig worden verklaard (of beter gezegd ongeldig worden verklaard)? Anders gesteld: kan het Hof (bindende) uitlegging geven aan een niet-bindende handeling van de Unie?

2. In 2017 heeft de Europese Bankautoriteit (hierna: „EBA") richtsnoeren inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken vastgesteld. [2] Daarna heeft de Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (Franse prudentiële toezichthouder, hierna: „ACPR") in een mededeling verklaard deze richtsnoeren na te leven, waardoor zij van toepassing werden op alle financiële instellingen onder haar toezicht. De Fédération bancaire française (Franse Bankfederatie, hierna: „FBF") heeft bij de verwijzende rechter nietigverklaring van die mededeling gevorderd en gesteld dat de EBA niet bevoegd was om die richtsnoeren vast te stellen.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Richtsnoeren van 22 maart 2016 (EBA/GL/2015/18).

3. De onderhavige zaak heeft meerdere lagen. Allereerst gaat het om de vraag of de EBA bij de vaststelling van de bestreden richtsnoeren de haar bij verordening nr. 1093/2010 [3] verleende bevoegdheden heeft overschreden. Hoe ingewikkeld het ook is om door het dichte web van nogal technisch afgeleid recht te navigeren, is dit eigenlijk de makkelijkste vraag.

4. De veel complexere vragen komen pas later boven: wat zou die vaststelling dat er geen bevoegdheid is met betrekking tot een niet-bindende maatregel (of zachte wetgeving), betekenen voor de prejudiciële procedure? Kan het Hof een niet-bindende maatregel ongeldig verklaren? Kan er met betrekking tot niet-bindende maatregelen systemisch gezien sprake zijn van een volledige scheiding tussen de procedures van artikel 263 en die van artikel 267 VWEU? Hoe kunnen de uitspraken van het Hof in de arresten Grimaldi [4], Foto-Frost [5] en België/Commissie [6] met elkaar in overeenstemming worden gebracht voor zover het gaat om echte zachte wetgeving? Kunnen niet-bindende Uniemaatregelen op grond van artikel 267 VWEU door het Hof worden getoetst, zoals volgt uit het arrest Grimaldi, terwijl (rechtstreekse) rechterlijke toetsing op grond van artikel 263 VWEU niet mogelijk is, zoals recent nog in het arrest België/Commissie is bevestigd?

5. Tot slot, maar niet minder belangrijk, zijn al deze vragen gesteld in de specifieke context waarin het nationale recht, anders dan op het niveau van de Unie, ruimte laat tot wat een veel opener toegang lijkt te zijn tot rechtstreekse rechterlijke toetsing van zachte wetgevingsmaatregelen, waaronder nationale handelingen waarbij niet-bindende Unierechtelijke handelingen „ten uitvoer worden gelegd”. Dit leidt derhalve tot de vraag of nationale rechterlijke instanties, gelet op het arrest Foto-Frost, ook verplicht zijn om prejudiciële vragen te stellen over de geldigheid van niet-bindende Uniemaatregelen; of zou die nationale rechterlijke instantie de nationale omzettingsmaatregel eenvoudigweg op eigen houtje nietig kunnen verklaren, aangezien wat (echt) niet-bindend is, zeker vrijelijk kan worden genegeerd?

[3] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit) tot wijziging van besluit 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/78/EG van de Commissie (PB 2010, L 331, blz. 12).

[4] Arrest van 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646).

[5] Arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452).

[6] Arrest van 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Verordening nr. 1093/2010

6. Bij artikel 1 van verordening nr. 1093/2010 wordt een Europese Bankautoriteit opgericht. In de versie die gold ten tijde van de vaststelling van de bestreden richtsnoeren werd het werkgebied van de EBA als volgt omschreven:

„2. De [EBA] handelt overeenkomstig de haar bij deze verordening toegekende bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van richtlijn 2002/87/EG[7], richtlijn 2009/110/EG[8], verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en van de Raad[9], richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad[10], richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad[11], verordening (EU) 2015/847 van het Europees Parlement en de Raad[12], richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad[13] en, voor zover deze handelingen van toepassing zijn op kredietinstellingen en financiële instellingen alsmede op de bevoegde autoriteiten die toezicht op deze instellingen houden, met inachtneming van de betreffende onderdelen van richtlijn 2002/65/EG[14] en richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad[15], met inbegrip van alle op deze handelingen gebaseerde richtlijnen, verordeningen en besluiten en alle andere juridisch bindende handelingen van de Unie waarmee taken aan de [EBA] worden toegekend. De [EBA] handelt tevens in overeenstemming met verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad[16].

3. De [EBA] handelt op het werkterrein van kredietinstellingen, financiële conglomeraten, beleggingsondernemingen, betalingsinstellingen en instellingen voor elektronisch geld, eveneens met betrekking tot zaken die niet rechtstreeks onder de in lid 2 bedoelde handelingen vallen,

7 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen in een financieel conglomeraat en tot wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB 2003 L 35, blz. 1).

8 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van richtlijn 2000/46/EG (PB 2009 L 267, blz. 7).

9 Verordening van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (PB 2013 L 176, blz. 1).

10 Richtlijn van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PB 2013 L 176, blz. 338).

11 Richtlijn van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (PB 2014 L 173, blz. 149).

12 Verordening van 20 mei 2015 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1781/2006 (PB 2015 L 141, blz. 1).

13 Richtlijn van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van richtlijn 2007/64/EG (PB 2015 L 337, blz. 35).

14 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad (PB 2002 L 271, blz. 16).

15 Richtlijn van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PB 2015 L 141, blz. 73).

16 Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen (PB 2013 L 287, blz. 63).

onder meer op het vlak van ondernemingsbestuur, accountantscontrole en financiële verslaglegging, om de effectieve en consistente toepassing van deze handelingen te waarborgen.

[...]

5. De doelstelling van de [EBA] is de collectieve belangen te beschermen door bij te dragen tot de stabiliteit en doeltreffendheid van het financiële stelsel op de korte, middellange en lange termijn, in het belang van de economie, de burgers en het bedrijfsleven van de Unie. De [EBA] draagt bij tot:

a) de verbetering van de werking van de interne markt, daaronder met name begrepen een solide, effectief en consistent niveau van regulering en toezicht,

b) het verzekeren van de integriteit, transparantie, efficiëntie en ordelijke werking van de financiële markten,

c) de versterking van de internationale coördinatie van het toezicht,

d) het voorkomen van reguleringsarbitrage en het bevorderen van gelijke concurrentievoorwaarden,

e) het waarborgen van behoorlijke regulering en toezicht met betrekking tot het aangaan van kredietrisico's en andere risico's, en

f) een betere consumentenbescherming.

Te dien einde draagt de [EBA] bij tot de consistente, efficiënte en effectieve toepassing van de in lid 2 genoemde handelingen, bevordert zij de convergentie op het gebied van het toezicht, verstrekt zij adviezen aan het Europees Parlement, de Raad en de Commissie en verricht zij economische analyses van de markten om de verwezenlijking van de doelstelling van de [EBA] te bevorderen."

7. Artikel 8 van deze verordening, met als opschrift „Taken en bevoegdheden van de [EBA]", luidt:

„1. De [EBA] heeft de volgende taken:

a) bijdragen tot de invoering van kwalitatief hoogstaande gemeenschappelijke regulerings- en toezichtnormen en -praktijken, met name door het verstrekken van adviezen aan de instellingen van de Unie en door het ontwikkelen van richtsnoeren, aanbevelingen en ontwerpen van technische reguleringsnormen en technische uitvoeringsnormen en andere maatregelen gebaseerd op de in artikel 1, lid 2, bedoelde wetgevingshandelingen;

[...]

b) bijdragen tot de consistente toepassing van de juridisch bindende handelingen van de Unie, met name door tot een gemeenschappelijke toezichtpraktijk bij te dragen, de consistente, efficiënte en effectieve toepassing van de in artikel 1, lid 2, genoemde handelingen te verzekeren, reguleringsarbitrage te voorkomen, bij meningsverschillen tussen de bevoegde autoriteiten te bemiddelen en een schikking te treffen, een doeltreffend en consistent toezicht op financiële instellingen en een coherente werking van de colleges van toezichthouders te waarborgen en maatregelen te nemen in onder meer noodsituaties;

[…]

2. Om de in lid 1 vastgestelde taken uit te voeren, beschikt de [EBA] over de in onderhavige verordening vastgestelde bevoegdheden, met name de bevoegdheid om:

[…]

c) richtsnoeren en aanbevelingen te geven, als vastgesteld in artikel 16;

[…]”

8. Artikel 9 van verordening nr. 1093/2010, met als opschrift „Taken in verband met consumentenbescherming en financiële activiteiten”, luidt als volgt:

„1. De [EBA] speelt een leidende rol bij het bevorderen van transparantie, eenvoud en billijkheid op de markt voor financiële producten of diensten aan consumenten in de gehele interne markt, onder meer door:

a) het verzamelen en analyseren van en het verslag uitbrengen over consumententrends;

b) het evalueren en coördineren van financiële kennis van de bevoegde autoriteiten en van de door hen genomen educatieve initiatieven;

c) de ontwikkeling van opleidingsnormen voor de industrie; en

d) bij te dragen aan de ontwikkeling van gemeenschappelijke openbaarmakingsregels.

2. De [EBA] oefent toezicht uit op nieuwe en bestaande financiële activiteiten en kan richtsnoeren vaststellen en aanbevelingen doen om de veiligheid en de soliditeit van markten alsmede convergentie van de reguleringspraktijk te bevorderen.

[…]”

9. Artikel 16 van deze verordening heeft als opschrift „Richtsnoeren en aanbevelingen” en vermeldt:

„1. Met het oog op het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken binnen het [European System of Financial Supervision (ESFS)] en het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht richt de [EBA] richtsnoeren en aanbevelingen tot bevoegde autoriteiten of financiële instellingen.

2. In voorkomend geval houdt de [EBA] openbare raadplegingen over richtsnoeren en aanbevelingen, en analyseert zij de potentiële kosten en baten daarvan. Die raadplegingen en analyse staan in verhouding tot de reikwijdte, de aard en het effect van het richtsnoer of de aanbeveling. Ook wint de [EBA] in voorkomend geval het standpunt of advies in van de in artikel 37 bedoelde Stakeholdergroep bankwezen.

3. Bevoegde autoriteiten en financiële instellingen spannen zich tot het uiterste in om aan die richtsnoeren en aanbevelingen te voldoen.

Binnen twee maanden nadat een richtsnoer of aanbeveling is gegeven, bevestigt elke bevoegde autoriteit of zij aan dat richtsnoer of die aanbeveling voldoet of voornemens is die op te volgen. Wanneer een bevoegde autoriteit daaraan niet voldoet of niet voornemens is die op te volgen, stelt zij de [EBA] daarvan in kennis, met opgave van de redenen.

Het feit dat de bevoegde autoriteit niet aan het richtsnoer of de aanbeveling in kwestie voldoet of niet voornemens is die op te volgen, wordt door de [EBA] bekendgemaakt. De [EBA] kan eveneens per geval besluiten de redenen die de bevoegde autoriteit aanvoert om niet aan het richtsnoer of de aanbeveling in kwestie te voldoen, bekend te maken. De bevoegde autoriteit ontvangt vooraf een kennisgeving van deze bekendmaking.

Indien zulks in dat richtsnoer of die aanbeveling is voorgeschreven, melden de financiële instellingen op duidelijke en gedetailleerde wijze of zij zich aan dat richtsnoer of die aanbeveling houden.

[...]"

2. Richtsnoeren van de EBA

10. Volgens hoofdstuk 1, punt 1, van de richtsnoeren van de EBA inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken „[bevat] dit document [...] richtsnoeren die zijn uitgebracht op grond van artikel 16 van verordening (EU) nr. 1093/2010. Overeenkomstig artikel 16, lid 3, van verordening (EU) nr. 1093/2010 moeten bevoegde autoriteiten en financiële instellingen zich tot het uiterste inspannen om aan die richtsnoeren te voldoen."

11. Punt 2 van die richtsnoeren luidt:

„Richtsnoeren geven weer wat in de opvatting van de EBA passende toezichtpraktijken binnen het Europees Systeem voor financieel toezicht zijn en hoe het recht van de Unie op een specifiek gebied dient te worden toegepast. Bevoegde autoriteiten als bedoeld in artikel 4, lid 2, van verordening (EU) nr. 1093/2010 voor wie richtsnoeren gelden, dienen hieraan te voldoen door deze op passende wijze in hun praktijken te integreren (bijvoorbeeld door hun wettelijk kader of hun toezichtprocessen aan te passen), ook wanneer richtsnoeren primair tot instellingen zijn gericht."

12. Punt 3 van de richtsnoeren, onder het opschrift „Kennisgevingsverplichtingen", bepaalt het volgende:

„Overeenkomstig artikel 16, lid 3, van verordening (EU) nr. 1093/2010 stellen bevoegde autoriteiten EBA vóór 23/05/2016 ervan in kennis of zij aan deze richtsnoeren voldoen of voornemens zijn deze op te volgen, of, indien dit niet het geval is, wat de redenen van de niet-naleving zijn. Bevoegde autoriteiten die bij het verstrijken van de termijn niet hebben gereageerd, worden geacht niet te hebben voldaan aan de richtsnoeren. [...]"

13. Onder punt 5 wordt hoofdstuk 2 van de richtsnoeren van de EBA ingeleid met een omschrijving van het onderwerp ervan:

„Deze richtsnoeren hebben betrekking op de vaststelling van producttoezicht- en -governanceregelingen voor zowel initiators als distributeurs, als integraal onderdeel van de algemene organisatorische eisen in verband met de interne controlesystemen van het bedrijf. Ze

hebben betrekking op de interne processen, functies en strategieën voor het ontwerpen van producten, het op de markt brengen ervan en de evaluatie ervan gedurende hun levenscyclus. De richtsnoeren stellen procedures vast die relevant zijn voor het waarborgen van de belangen, doelstellingen en kenmerken van de doelgroep. In deze richtsnoeren wordt echter niet ingegaan op de geschiktheid van producten voor individuele consumenten."

14. In punt 6 van de richtsnoeren wordt de werkingssfeer als volgt omschreven:

„Deze richtsnoeren zijn van toepassing op initiators en distributeurs van aan consumenten aangeboden en verkochte producten en specificeren producttoezicht- en -governanceregelingen in verband met:

– artikel 74, lid 1, van richtlijn 2013/36/EU [‚richtlijn kapitaalvereisten IV, (RKV IV)'], artikel 10, lid 4, van richtlijn 2007/64/EG[17] [‚richtlijn betalingsdiensten, (RBD)'], en artikel 3, lid 1, van richtlijn 2009/110/EG [‚richtlijn e-geld, (REG)'], in samenhang met artikel 10, lid 4, van de RBD; en

– artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/17/EU[18] [‚richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen, ofwel de richtlijn woningkredietovereenkomsten (RWKO)']."

15. Punt 7 van de richtsnoeren luidt als volgt:

„Bevoegde autoriteiten zullen deze richtsnoeren mogelijk ook willen toepassen op andere entiteiten binnen hun rechtsgebied die niet binnen het toepassingsgebied van de hierboven genoemde wetgevingshandelingen vallen, maar ten aanzien waarvan zij wel toezichtsverantwoordelijkheden hebben. In het bijzonder zullen bevoegde autoriteiten deze richtsnoeren mogelijk willen toepassen op andere bemiddelaars dan kredietbemiddelaars uit hoofde van de RWKO, zoals consumentenkredietbemiddelaars."

16. Punt 8 van de richtsnoeren bepaalt:

„Bevoegde autoriteiten zullen mogelijk willen overwegen om dezelfde bescherming als die welke in deze richtsnoeren wordt beschreven, uit te breiden naar andere personen dan consumenten, zoals micro-ondernemingen en het midden- en kleinbedrijf (mkb)."

17. Punt 11 van de richtsnoeren is als volgt verwoord:

„Deze richtsnoeren zijn gericht tot bevoegde autoriteiten als omschreven in artikel 4, lid 2, van verordening (EU) nr. 1093/2010 en tot financiële instellingen als omschreven in artikel 4, lid 1, van verordening (EU) nr. 1093/2010 (‚EBA-verordening')."

18. In punt 16, met als opschrift „Toepassingsdatum", worden de „inleidende" hoofdstukken 1 tot en met 3 afgesloten. In dit punt wordt bepaald dat „deze richtsnoeren gelden met ingang van 3 januari 2017".

[17] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG (PB 2007 L 319, blz. 1).

[18] Richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PB 2014 L 60, blz. 34).)

19. De eigenlijke richtsnoeren zijn vervat in de twee volgende hoofdstukken: hoofdstuk 4 inzake „[p]roducttoezicht- en -governanceregelingen voor initiators" en hoofdstuk 5 inzake „[p]roducttoezicht- en governanceregelingen voor distributeurs." In de twee hoofdstukken samen staan 12 richtsnoeren, waarvan de meeste in verdere regels zijn onderverdeeld.

B. Nationaal recht

20. De mededeling van de ACPR van 8 september 2017, met als titel „Uitvoering van de richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken (EBA/GL/2015/18)", luidt als volgt:

„De [ACPR] verklaart dat zij voldoet aan de aan deze mededeling gehechte richtsnoeren van de Europese Bankautoriteit inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken (EBA/GL/2015/18).

Deze richtsnoeren zijn van toepassing op onder toezicht van de ACPR staande kredietinstellingen, betalingsinstellingen en instellingen voor elektronisch geld, die zich tot het uiterste moeten inspannen om aan deze richtsnoeren te voldoen en om, krachtens punt 14 van de richtsnoeren, ervoor te zorgen dat hun distributeurs ze naleven in overeenstemming met artikel 16 van verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese Bankautoriteit."

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

21. Op 22 maart 2016 heeft de EBA op basis van artikel 16 van verordening nr. 1093/2010 richtsnoeren inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken vastgesteld. De richtsnoeren zijn gericht tot bevoegde nationale autoriteiten en financiële instellingen.

22. Op 8 september 2017 heeft de ACPR, als ter zake bevoegde Franse toezichthoudende autoriteit, op haar website een mededeling gepubliceerd. In die mededeling heeft de ACPR verklaard dat zij voldeed aan deze richtsnoeren. Zij heeft tevens vermeld dat de richtsnoeren van toepassing waren op onder haar toezicht staande kredietinstellingen, betalingsinstellingen en instellingen voor elektronisch geld, die zich tot het uiterste moeten inspannen om die richtsnoeren na te leven en om ervoor te zorgen dat hun distributeurs ze naleven.

23. Op 8 november 2017 heeft de FBF bij de Conseil d'État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk), de verwijzende rechter, beroep ingesteld tot nietigverklaring van de mededeling van de ACPR. De FBF stelt dat de richtsnoeren van de EBA die door de mededeling van toepassing zijn verklaard, ongeldig zijn omdat de EBA niet bevoegd is om dergelijke richtsnoeren vast te stellen.

24. De verwijzende rechter heeft twijfels over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het middel waarmee wordt aangevoerd dat de bestreden richtsnoeren ongeldig zijn.

25. De verwijzende rechter is van oordeel dat de ontvankelijkheid van een dergelijke exceptie van ongeldigheid ten behoeve van een verzoek om een prejudiciële beslissing afhangt van de vraag of tegen de bestreden richtsnoeren een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld op grond van artikel 263 VWEU en of een beroepsorganisatie zoals de FBF dat beroep kan instellen.

26. Over de gegrondheid van dat middel merkt de verwijzende rechter op dat in de richtsnoeren van de EBA verschillende wetgevingshandelingen van de Unie worden ingeroepen, maar dat, afgezien van richtlijn 2014/17, geen daarvan uitdrukkelijk voorziet in productgovernance voor retailbanken, wat het gebied is waar de richtsnoeren betrekking op hebben. Voorts bevat geen van deze wetgevingshandelingen een bepaling waarin de EBA de bevoegdheid krijgt om richtsnoeren uit te vaardigen op het gebied van productgovernance voor retailbanken. In verordening nr. 1093/2010 is evenwel vastgesteld dat de EBA bijdraagt tot het waarborgen van behoorlijke regulering en toezicht met betrekking tot het aangaan van kredietrisico's en andere risico's en bijdraagt tot een betere consumentenbescherming. Juist aan het verwezenlijken van die doelstellingen levert productgovernance voor retailbanken een bijdrage.

27. Binnen dit feitelijk en juridisch kader heeft de Conseil d'État de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Kan tegen de door een Europese toezichthoudende autoriteit vastgestelde richtsnoeren beroep tot nietigverklaring worden ingesteld op grond van artikel 263 [VWEU]? Zo ja, kan een beroepsfederatie dan langs die weg de geldigheid aanvechten van richtsnoeren die gericht zijn tot de leden wier belangen zij behartigt en die haar niet rechtstreeks of individueel raken?

2) In geval van een ontkennend antwoord op een van de twee bovengenoemde vragen, kan dan met betrekking tot de door een Europese toezichthoudende autoriteit vastgestelde richtsnoeren een verzoek om een prejudiciële beslissing op grond van artikel 267 [VWEU] worden ingediend? Zo ja, kan een beroepsfederatie dan, door het opwerpen van een exceptie, de geldigheid aanvechten van richtsnoeren die gericht zijn tot de leden wier belangen zij behartigt en die haar niet rechtstreeks of individueel raken?

3) Indien de FBF door het opwerpen van een exceptie de door de Europese Bankautoriteit op 22 maart 2016 vastgestelde richtsnoeren kan aanvechten, heeft die Autoriteit door de vaststelling van die richtsnoeren de bevoegdheden overschreden die haar bij verordening nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit) zijn toegekend?"

28. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de FBF, de ACPR, de Franse en de Poolse regering, de Europese Commissie en de EBA. Al deze partijen, met uitzondering van de Poolse regering, hebben ook ter terechtzitting van 20 oktober 2020 pleidooi gehouden.

IV. Analyse

29. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Ik begin met inleidende opmerkingen over de vragen van de verwijzende rechter en over het (niet-)bindende karakter van de bestreden richtsnoeren (A). Vervolgens ga ik in omgekeerde volgorde in op de vragen die de verwijzende rechter heeft gesteld, waarbij ik begin met vraag 3 om te bepalen of de EBA de bestreden richtsnoeren inderdaad binnen de reikwijdte van haar bevoegdheden heeft vastgesteld (B). Na te hebben vastgesteld dat de EBA haar bevoegdheid inderdaad heeft overschreden, zal ik vervolgens ingaan op vragen 1 en 2 en op verschillende andere aspecten betreffende de algemene verhouding tussen artikelen 263 en 267 VWEU voor zover het niet-bindende handelingen van de Unie betreft (C).

A. Opmerkingen vooraf

1. Een schijnbaar eenvoudige zaak?

30. Vanuit een bepaald perspectief is deze zaak tamelijk eenvoudig. Indien de prejudiciële vragen los van het voorliggende geval zouden worden beschouwd en in de volgorde waarin zij zijn gesteld zouden worden beantwoord, zouden de antwoorden niet zo moeilijk zijn.

31. Vraag 1 is niet-ontvankelijk. De onderhavige zaak is ingediend als een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU. In dat procedurele kader is de vraag of hetzelfde beroep eventueel kan worden ingesteld als beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 263 VWEU volledig hypothetisch. Evenzo is de vraag of een beroepsorganisatie in die procedure al dan niet tegen de bestreden richtsnoeren kan opkomen niet relevant voor de beslechting van de zaak in het hoofdgeding.

32. Ook vraag 2 is eenvoudig. Die vraag is ontvankelijk en het antwoord kan gemakkelijk uit bestaande rechtspraak worden afgeleid. Sinds het arrest Grimaldi heeft het Hof consequent benadrukt dat artikel 267 VWEU het Hof de bevoegdheid verleent om bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over zowel de geldigheid als de uitlegging van de door de instellingen van de Unie verrichte handelingen, „zonder enige uitzondering”. [19] Niet-bindende handelingen van de Unie kunnen dus duidelijk voorwerp zijn van een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van die handelingen. [20]

33. Voorts zijn de bij vragen 1 en 2 behorende subvragen betreffende de procesbevoegdheid van beroepsverenigingen niet relevant in het kader van de prejudiciële procedure. Het staat uitsluitend aan de nationale rechter om te beslissen een zaak krachtens artikel 267 VWEU bij het Hof aanhangig te maken. [21] Volgens het Hof kan elke partij de ongeldigheid van een handeling van de Unie aanvoeren in een procedure voor de nationale rechter en die rechter, die niet bevoegd is om die ongeldigheid zelf vast te stellen, erom verzoeken daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. [22]

34. Voor het overige regelt het Unierecht echter niet hoe wordt vastgesteld wie partij voor de nationale rechter moet zijn. Indien het nationale recht toestaat dat een dergelijk middel wordt aangevoerd, valt het opnieuw onder de exclusieve bevoegdheid van de nationale rechter om te beslissen of hij het al dan niet nodig vindt (of al dan niet verplicht is) om de zaak bij het Hof aanhangig te maken. De vraag of de FBF bevoegd is om tegen een handeling van de Unie voor de nationale rechter een exceptie van ongeldigheid aan te voeren, valt dus onder het nationale recht.

[19] Zie arresten Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punt 8); 13 juni 2017, Florescu e.a. (C-258/14, EU:C:2017:448, punt 30); 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punt 44), en 27 februari 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16, EU:C:2018:118, punt 44). Zie ook in het kader van aanbevelingen van de EBA, de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2020:729, punten 95-102).

[20] Zie met betrekking tot de aanbevelingen van de Unie arresten van 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, punten 8-18), en 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punt 44).

[21] Zie bijvoorbeeld arrest van 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[22] Zie bijvoorbeeld arrest van 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35. Door de vragen te beantwoorden in de volgorde waarin zij zijn gesteld en door de eerste twee vragen abstract, los van de feiten van het onderhavige geval, te behandelen, kunnen we dus gemakkelijk en rechtstreeks bij vraag 3 terecht komen en concluderen dat de vraag of de EBA bevoegd is om de bestreden richtsnoeren vast te stellen, in casu de enige echte vraag is.

36. Ik denk echter niet dat die korte weg de juiste is. Het is namelijk bij de zoektocht naar een antwoord op vraag 3 en de daaruit te trekken conclusies, dat de reikwijdte van vragen 1 en 2 volledig duidelijk worden, wanneer die vragen niet *abstract* worden benaderd, maar in de *specifieke context* van het voorliggende geval.

37. Het is bovendien duidelijk dat een dermate vereenvoudigde lezing van de drie vragen geen recht zou doen aan de verwijzende rechter. Uit de verwijzingsbeslissing, met name gelezen in samenhang met de verhelderende conclusies van de rapporteur public van de Conseil d'État in die zaak [23], blijkt immers duidelijk dat de verwijzende rechter bekend is met de relevante rechtspraak van het Hof ter zake. Uit deze stukken komt naar voren dat de verwijzende rechter zich juist afvraagt waartoe deze rechtspraak precies kan leiden in een concreet geval zoals het aanhangige.

38. In deze context vraagt de verwijzende rechter zich in het bijzonder af wat de verhouding is tussen de artikelen 263 en 267 VWEU voor zover het zachte wetgeving betreft, met name in omstandigheden waarin de nationale rechter voorziet in rechterlijke toetsing van niet-bindende *nationale* handelingen, terwijl het Hof in het kader van een beroep tot nietigverklaring geen ruimte laat voor de toetsing van niet-bindende handelingen *van de Unie*. Dat probleem vormt de kern van het vraagstuk over de parallellen (of het ontbreken daarvan) tussen de twee procedures, met name met betrekking tot de positie van beroepsverenigingen in beide procedures. Aan dat probleem is weer een ander vraagstuk verbonden, dat de verwijzende rechter ook noemt in zijn verwijzingsbeslissing. Dat vraagstuk heeft betrekking op het feit dat in de procedure van een prejudiciële verwijzing de toetsing op nationaal en op Europees niveau met elkaar vervlochten raken: zijn nationale rechters op grond van het arrest Foto-Frost verplicht zich tot het Hof te wenden met vragen over de geldigheid van een niet-bindende Uniemaatregel wanneer zij een nationale handeling toetsen waarmee die Uniemaatregel op nationaal niveau van toepassing wordt op individuele geadresseerden?

39. Aangezien het eerst beantwoorden van vraag 3 helpt om de meer algemene door de vragen 1 en 2 aangebrachte problemen duidelijk te maken, geef ik er tegen die achtergrond de voorkeur aan met die derde vraag te beginnen alvorens terug te komen op die structurele problemen. Op die manier maakt het concrete voorbeeld van de door de EBA vastgestelde richtsnoeren de structurele problemen met betrekking tot de toetsing van zachte wetgevingsmaatregelen voor het Hof aanschouwelijk.

2. Zijn de bestreden richtsnoeren een (echte) niet-bindende handeling?

40. Voordat ik op vraag 3 inga, moet echter een andere prealabele vraag worden behandeld. Zijn de bestreden richtsnoeren een *echte* niet-bindende handeling die *geen* bindende rechtsgevolgen in het leven roept, zoals alle procespartijen hebben aangevoerd? Wat een doorsnee opmerking lijkt te zijn, is voor onderstaande bespreking veeleer een belangrijk uitgangspunt. Dat vraagstuk zit namelijk verborgen in het eerste deel van vraag 1, aangezien volgens vaste rechtspraak de rechterlijke toetsing van *echte* zachte wetgevingsmaatregelen op grond van artikel 263 VWEU is

[23] Advies van Émilie Bokdam, rapporteur public, van 4 december 2019 in zaak nr. 415550 – Fédération bancaire française (beschikbaar in het Frans op: https://www.conseil-etat.fr).

uitgesloten. Indien een dergelijke handeling daarentegen wel bindende rechtsgevolgen sorteert (en dus een „onecht" zacht wetgevingsinstrument zou zijn), kan zij op grond van artikel 263 VWEU worden getoetst (indien we tenminste aannemen dat de betrokken verzoeker door die handeling rechtstreeks en individueel wordt geraakt).

41. Het is immers vaste rechtspraak dat als „voor beroep vatbare handelingen" in de zin van artikel 263 VWEU worden aangemerkt alle door de instellingen vastgestelde bepalingen, ongeacht de vorm, die tot doel hebben bindende rechtsgevolgen tot stand te brengen. Om vast te stellen of de bestreden handeling bindende rechtsgevolgen in het leven roept, moet worden gekeken naar de inhoud van die handeling en moeten die gevolgen worden beoordeeld aan de hand van objectieve criteria, zoals de inhoud van die handeling, waarbij in voorkomend geval rekening wordt gehouden met de context waarin de handeling is vastgesteld en met de bevoegdheden van de instelling die de handeling heeft vastgesteld. [24]

42. Roepen de bestreden richtsnoeren volgens dit traditionele criterium bindende rechtsgevolgen in het leven?

43. Het is enerzijds ten eerste correct dat de bestreden richtsnoeren in niet-dwingende bewoordingen zijn gesteld. In de tot initiators en distributeurs van bankproducten gerichte daadwerkelijk inhoudelijke richtsnoeren in hoofdstukken 4 en 5 van de richtsnoeren worden nauwelijks verplichtende termen gebruikt. Ten tweede zijn de bevoegde autoriteiten [25] niet verplicht om aan die richtsnoeren te voldoen. Artikel 16, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 1093/2010 verplicht elke bevoegde autoriteit om te bevestigen of zij aan de door de EBA vastgestelde richtsnoeren voldoet of voornemens is die op te volgen. Wanneer een bevoegde autoriteit daaraan niet voldoet of niet voornemens is die op te volgen, stelt zij de EBA daarvan in kennis, met opgave van de redenen. [26] In het kader van de beoordeling van de context en de bevoegdheden van de betrokken instantie valt het argument zeker onder dezelfde soort cirkelredenering die ik elders reeds heb beschreven: [27] i) omdat de EBA ongetwijfeld wist dat haar richtsnoeren niet bindend zijn, ii) kon het dus niet haar bedoeling zijn iets vast te stellen wat bindend zou zijn, en iii) is het derhalve duidelijk dat de instantie die de handeling heeft vastgesteld in het geheel niet beoogde een bindende rechtshandeling vast te stellen.

44. Op grond daarvan is het zeker mogelijk te concluderen dat de bestreden richtsnoeren op zich geen bindende rechtsgevolgen in het leven roepen.

45. Anderzijds worden deze richtsnoeren echter uitgevaardigd in een context van en in combinatie met een aantal mechanismen waardoor zij, gelezen in het licht van verordening nr. 1093/2010 als rechtsgrondslag, handelingen worden waarvan redelijkerwijze kan worden aangenomen dat zij de geadresseerden ervan oproepen om eraan te voldoen.

[24] Zie bijvoorbeeld arresten van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, EU:C:1971:32, punten 39 en 42); 25 oktober 2017, Roemenië/Commissie (C-599/15 P, EU:C:2017:801, punten 47 en 48), en 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punten 31 en 32).

[25] In de zin van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 (in wezen nationale regelgevende instanties).

[26] In punt 3 van het eerste hoofdstuk van de richtsnoeren wordt echter vermeld dat „[b]evoegde autoriteiten die bij het verstrijken van de termijn niet hebben gereageerd, worden geacht niet te hebben voldaan aan de richtsnoeren". Conceptueel gezien is het bijzonder intrigerend om te zien dat met een punt in niet-bindende richtsnoeren wordt beoogd een in de tekst van artikel 16, lid 3, van verordening nr. 1093/2010 duidelijk opgelegde verplichting te wijzigen (of daarvan af te wijken). Aangezien in punt 3 in feite weliswaar geen aanvullende verplichting wordt opgelegd, maar het eerder ontslag van die verplichting betreft doordat een vermoeden van „wie zwijgt, voldoet niet" wordt gecreëerd, wordt technisch gezien *geen nieuwe* juridische verplichting opgelegd. Wat resteert is slechts verwarring over hoe niet-bindende richtsnoeren de inhoud van een wettelijke verplichting in een verordening kunnen wijzigen.

[27] Zie mijn conclusie in de zaak België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punten 76-79).

46. Ten eerste wordt in hoofdstuk 1, punt 1, van de bestreden richtsnoeren overeenkomstig artikel 16, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1093/2010 vermeld dat de bevoegde nationale autoriteiten en financiële instellingen „zich tot het uiterste [moeten] inspannen om aan die richtsnoeren te voldoen.”. Zonder diepgaand onderzoek te verrichten naar wat „zich tot het uiterste inspannen” concreet inhoudt, kan worden aangenomen dat de bestreden richtsnoeren niet zijn vastgesteld met de bedoeling dat de geadresseerden ze eenvoudigweg negeren, vooral indien die inspanning een aan hen opgelegde plicht is.

47. Ten tweede, wie is de geadresseerde precies? Ook al zijn de bestreden richtsnoeren volgens punt 11 ervan formeel gericht tot bevoegde autoriteiten en financiële instellingen[28], is het duidelijk dat de financiële instellingen degenen zijn die uiteindelijk aan de verplichtingen zullen moeten voldoen en als zodanig de echte geadresseerden zijn. Deze logica vloeit voort uit de inhoud van de richtsnoeren in hoofdstuk 4 en 5, die uitsluitend gericht zijn tot initiators en distributeurs van bankproducten.

48. Systemisch gezien lijken die richtsnoeren veel op verordeningen: hoewel ze formeel tot de lidstaat zijn gericht, zijn de bepalingen uiteindelijk bedoeld om het gedrag van particulieren te regelen, die geen andere keuze hebben dan ze toe te passen. De bevoegde autoriteiten zijn niet de echte geadresseerden van deze verplichtingen. Hun enige opdracht is om aan te geven of zij aan de richtsnoeren zullen voldoen of niet. Zodra die keuze is gemaakt, wordt het aanvankelijk niet-bindende karakter echter zeer dwingend, aangezien de „met naam genoemde geadresseerde” (bevoegde toezichthoudende autoriteit) een belangrijke „handhaver” wordt. De echte geadresseerden van de richtsnoeren, namelijk de financiële instellingen, hebben dus bijzonder weinig, of eigenlijk helemaal geen, keuze om al dan niet aan de richtsnoeren te voldoen.

49. Gelet op de punten 6, 7 en 8 van de bestreden richtsnoeren, in hun onderlinge samenhang gelezen[29], is het daarbij niet eens duidelijk of de formele beslissing van een bevoegde autoriteit om niet te voldoen aan die richtsnoeren, de financiële instellingen daadwerkelijk vrijstelt van de verplichting om „zich tot het uiterste [in te spannen] om aan die richtsnoeren te voldoen”. Dat bevoegde autoriteiten niet aan de richtsnoeren voldoen kan voor hetzelfde geld slechts betekenen dat zij die richtsnoeren niet gaan handhaven, zonder dat dit van invloed is op de eigen verplichting van de financiële instellingen. Met andere woorden, deze richtsnoeren kunnen ten aanzien van financiële instellingen een eigen leven leiden, ongeacht het standpunt van de bevoegde autoriteiten.

50. Ten derde en met betrekking tot het vorige punt zijn financiële instellingen op nationaal niveau, wanneer bevoegde autoriteiten besluiten te voldoen aan de richtsnoeren, in feite gebonden aan de bestreden richtsnoeren vanwege de „uitvoering” of de „inpassing” ervan door de bevoegde nationale autoriteit. Door in casu in haar mededeling te verklaren dat zij voldeed aan de bestreden richtsnoeren, heeft de ACPR de inhoud ervan voor financiële instellingen in Frankrijk in feite verplicht gesteld. Een punt waarop in dit verband moet worden gewezen is dat, anders dan een richtlijn waarvan de inhoud eerst in een vorm van nationaal recht moet worden

[28] Terwijl artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1093/2010 bepaalt dat de EBA richtsnoeren richt tot bevoegde autoriteiten *of* financiële instellingen.

[29] Aangezien in punt 7 van de bestreden richtsnoeren wordt aangegeven dat de bevoegde autoriteiten die richtsnoeren met betrekking tot de daarin genoemde wetgevingshandelingen „mogelijk ook willen” toepassen op andere entiteiten dan initiators en distributeurs van financiële producten, zou kunnen worden aangenomen dat de richtsnoeren automatisch van toepassing zijn op de genoemde andere entiteiten, ongeacht het standpunt van de bevoegde autoriteiten.

omgezet, de inhoud van de richtsnoeren door de mededeling van de ACPR van toepassing is geworden op alle „kredietinstellingen, betalingsinstellingen en instellingen voor elektronisch geld die onder toezicht van de ACPR staan”. [30]

51. Dat laatste punt van daadwerkelijke handhaving op nationaal niveau moet duidelijk worden toegelicht. Zodra de bevoegde nationale autoriteit heeft verklaard aan de richtsnoeren te voldoen, wordt in die lidstaat de naleving ervan afdwingbaar. Volgens de rapporteur van de Conseil d'État in het hoofdgeding kan niet-naleving van de richtsnoeren niet *rechtstreeks* tot de oplegging van een sanctie leiden. De inhoud van de richtsnoeren is evenwel een weergave van goede praktijkvoorbeelden die de financiële instellingen in acht moeten nemen. Indien die instellingen die goede praktijkvoorbeelden niet volgen, kan dat als een slecht praktijkvoorbeeld hunnerzijds worden opgevat. Op basis daarvan zou de ACPR individuele waarschuwingen kunnen uitdelen, waarmee, indien ze in de wind worden geslagen, voor die financiële instellingen in wezen de deur naar een tuchtprocedure wordt opengezet. [31]

52. Overeenkomstig de traditionele definitie van een handeling van Unierecht die bindende rechtsgevolgen in de zin van artikel 263 VWEU sorteert, ben ik het er om kort te gaan mee eens dat de richtsnoeren, vooral wanneer zij uitsluitend op het niveau van de Unie worden bezien, naar alle waarschijnlijkheid als een niet-dwingend, echt zacht wetgevingsinstrument worden beschouwd. Wanneer het criterium echter op gevallen als het onderhavige wordt toegepast, biedt die klassieke benadering niet echt een goed antwoord, maar wordt de aard van het probleem veeleer goed verwoord.

53. Het criterium aan de hand waarvan kan worden bepaald of een Unierechtelijke handeling vatbaar is voor toetsing, moet gericht zijn op de vraag of de handeling redelijkerwijs kan worden beschouwd als een handeling die geadresseerde oproepen tot naleving van de handeling (of die naleving zelfs verplicht stelt). Het resultaat moet er een van schaal zijn, waarbij het continuüm van rechtsgevolgen wordt erkend, maar dat vervolgens logischerwijze sterk gericht is op wat de precieze gevolgen van de bestreden handeling zijn voor de rechtspositie van de geadresseerden. Indien het probleem hybride vormen van governance betreft, kan de oplossing ook hybride zijn, logisch aangepast aan het exacte soort gevolg dat is ontstaan en dat als problematisch wordt beschouwd. Zoals onlangs uit het arrest België/Commissie is gebleken, richt het Hof zich echter nog steeds op de handeling en de vaststellende instantie ervan, los van de praktijk van de rechtshandeling en de geadresseerden. Het Hof blijft dus steken in een vicieuze cirkel waarin de aard van de handeling wordt bepaald door de bedoeling van de auteur en omgekeerd. In die binaire wereld is uiteindelijk slechts één van twee uitkomsten denkbaar: er is sprake van volledig bindende rechtsgevolgen, of er is van dergelijke gevolgen helemaal geen sprake.

54. Ik wil geen argumenten herhalen die het Hof eerder niet hebben kunnen overtuigen [32], maar alleen uitleggen hoe die keuzes van invloed zijn op de onderhavige zaak. De regelgevende en gerechtelijke niveaus op Unie- en nationaal gebied zijn communicerende vaten, althans in het kader van de prejudiciële procedure. Die omstandigheid maakt de onderhavige zaak nog complexer, omdat de traditionele benadering, waarbij de Unierechtelijke handeling uitsluitend en alleen op het niveau van de Unie wordt onderzocht, problematisch wordt: wat misschien nog steeds als zachte wetgeving kan worden uitgelegd indien uitsluitend en alleen naar de EBA en de bevoegde nationale autoriteiten wordt gekeken, wordt een niveau lager in de lidstaten iets totaal

[30] Zie hierboven punt 20 van deze conclusie. Zoals in die mededeling duidelijk is aangegeven, waren de bestreden richtsnoeren als zodanig eenvoudigweg als „bijlage opgenomen” bij de mededeling.

[31] Zie het advies van E. Bokdam, blz. 5 (zie voetnoot 23 hierboven).

[32] In mijn conclusie in de zaak België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2017:959).

anders. Op dat niveau is „zachte wetgeving" „niet meer zo zacht" en kan zij zelfs echte „harde wetgeving" worden. Opgemerkt zij dat het Unierecht er zeker niet aan in de weg staat dat dit gebeurt. Wel integendeel: het hele systeem is juist ontworpen om op die manier te werken.

55. Samenvattend zijn de richtsnoeren, met betrekking tot de echte geadresseerden ervan, in de vorm van financiële instellingen op nationaal niveau, duidelijk minder „zacht" dan het geval zou zijn indien de focus zou liggen op het niveau van de bevoegde nationale autoriteiten. Evenwel kan, met betrekking tot de standaardbenadering van het Hof ten aanzien van Uniehandelingen zonder bindende rechtsgevolgen, worden uitgegaan van de basisveronderstelling dat het onwaarschijnlijk is dat de bestreden richtsnoeren door het Hof als bindend worden beschouwd en bijgevolg vatbaar zijn voor toetsing op grond van artikel 263 VWEU.

B. Vraag 3: Is de EBA haar bevoegdheden krachtens verordening nr. 1093/2010 te buiten gegaan?

56. Volgens de FBF wordt met de bestreden richtsnoeren productgovernance geregeld. Zij hebben geen enkele rechtsgrondslag in die zin dat zij niet kunnen worden geacht uitvoering te geven aan de in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 bedoelde wetgevingshandelingen, aangezien daarin hoofdzakelijk corporate governance wordt geregeld. Het is waarschijnlijker dat de EBA zich bij de vaststelling van de bestreden richtsnoeren heeft laten leiden door richtlijn 2014/65/EU[33], waarin de governance van financiële producten wordt geregeld en waar het begrip „doelgroep" en het onderscheid tussen initiators en distributeurs centraal staan.

57. De Commissie is grotendeels dezelfde mening toegedaan als de FBF. Zij betoogt evenwel dat de bestreden richtsnoeren niet volledig buiten de bevoegdheid van de EBA vallen voor zover zij betrekking hebben op artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/17. Met dit artikel kan productgovernance worden geregeld, kunnen doelgroepen worden bepaald en kan onderscheid worden gemaakt tussen initiators en distributeurs. Voor het overige vallen de richtsnoeren echter buiten de bevoegdheid van de EBA en moeten zij volgens de Commissie ongeldig worden verklaard.

58. De ACPR, de Franse en de Poolse regering en de EBA bepleiten het tegendeel. Volgens de ACPR, de Franse regering en de EBA mag de EBA richtsnoeren vaststellen die verder gaan dan de strikte werkingssfeer van de in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 bedoelde wetgevingshandelingen, omdat de bevoegdheden van de EBA in artikel 1, lid 3, van die verordening worden uitgebreid tot kwesties die niet onder deze handelingen vallen. Productgovernance en corporate governance houden hoe dan ook verband met elkaar, zodat de bestreden richtsnoeren niet kunnen worden geacht buiten de bevoegdheid van de EBA te vallen. Volgens dezelfde interveniënten en de Poolse regering is de handeling van de EBA ook rechtmatig omdat verordening nr. 1093/2010 uitdrukkelijk tot doel heeft om de consument te beschermen. De EBA was bevoegd om de bestreden richtsnoeren vast te stellen voor zover zij dat doel dienen. Volgens de ACPR en de EBA moet het dus eenvoudigweg gaan om een *algemene beoordeling* van de bevoegdheid van de EBA om richtsnoeren vast te stellen. Een dergelijke algemene beoordeling zou tot de conclusie leiden dat de EBA bevoegd was om de bestreden richtsnoeren vast te stellen.

[33] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van richtlijn 2002/92/EG en richtlijn 2011/61/EU (PB 2014, L 173, blz. 349).

59. In de volgende onderdelen zet ik uiteen waarom ik het niet eens ben met de standpunten van de ACPR, de Franse en de Poolse regering en de EBA. Hoewel de bestreden richtsnoeren, indien zij algemeen worden beoordeeld, bij benadering binnen het kader van verordening nr. 1093/2010 kunnen passen (1), leg ik uit waarom ik denk dat een dergelijke summiere of milde beoordeling in het kader van niet-bindende maatregelen niet gerechtvaardigd is (2). Gelet op de onverenigbaarheid van de bestreden richtsnoeren met verordening nr. 1093/2010, wordt de overblijvende vraag dan wat formeel het gevolg van een dergelijke vaststelling moet zijn. (3)

1. Verenigbaarheid van de bestreden richtsnoeren met verordening nr. 1093/2010 wat de bevoegdheden van de EBA betreft

60. De bestreden richtsnoeren hebben betrekking op de invoering van productgovernance voor retailbanken. In deze richtsnoeren wordt in het bijzonder aanbevolen dat initiators de betrokken doelgroepen bepalen en ervoor zorgen dat de producten geschikt zijn voor die groepen. [34] In de richtsnoeren wordt ook het testen van het product aanbevolen om te kunnen beoordelen welk effect het in een breed scala aan scenario's op de consumenten zal hebben. [35] Bovendien moeten initiators kiezen voor distributeurs die passen bij de specifieke doelgroep en moeten zij in de positie zijn om die distributeurs informatie te verstrekken over de kenmerken en de risico's van het product voor de consument. [36] Van hun kant moeten distributeurs van bankproducten de consument een beschrijving geven van de voornaamste kenmerken van de betrokken producten en de risico's ervan. [37]

61. Overeenkomstig hoofdstuk 2, punt 6, zijn de bestreden richtsnoeren van toepassing op initiators en distributeurs van aan consumenten aangeboden en verkochte producten in verband met vier bepalingen van specifieke wettelijke handelingen, namelijk artikel 74, lid 1, van richtlijn 2013/36/EU, artikel 10, lid 4, van richtlijn 2007/64/EG, artikel 3, lid 1, van richtlijn 2009/110/EG en artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/17/EU. Bevoegde autoriteiten zullen „deze richtsnoeren mogelijk ook willen toepassen op andere entiteiten binnen hun rechtsgebied die niet binnen het toepassingsgebied van de hierboven genoemde wetgevingshandelingen vallen, maar ten aanzien waarvan zij wel toezichtsverantwoordelijkheden hebben". [38]

62. Wanneer de aangevoerde werkingssfeer wordt vergeleken met de feitelijke inhoud van de richtsnoeren, lijkt het vrij duidelijk dat de bestreden richtsnoeren, wat de rechtsgrondslag ervan betreft, verder gaan dan verordening nr. 1093/2010 toestaat, zoals de FBF en de Commissie in wezen aangeven.

63. Artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1093/2010 bepaalt dat „met het oog op het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken binnen het ESFS en het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht [...] de [EBA] richtsnoeren en aanbevelingen [richt] tot bevoegde autoriteiten of financiële instellingen".

64. Krachtens artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 handelt de EBA overeenkomstig de haar bij deze verordening toegekende bevoegdheden *en* binnen het toepassingsgebied van een aantal wetgevingshandelingen waarin zij voorziet *en* alle andere juridisch bindende handelingen

[34] Richtsnoer 3.

[35] Richtsnoer 4.

[36] Richtsnoer 7 en 8.

[37] Richtsnoer 12.

[38] Zie punt 7 van de bestreden richtsnoeren.

van de Unie die haar taken toewijzen. Krachtens artikel 1, lid 3, handelt de EBA op het werkterrein van diverse in deze bepaling genoemde financiële instellingen eveneens „met betrekking tot zaken die niet rechtstreeks onder de in lid 2 bedoelde handelingen vallen, [...] *om* de effectieve en consistente toepassing van *deze handelingen* te waarborgen”. [39]

65. Uit deze tekst blijkt vrij duidelijk dat de EBA, ongeacht het soort maatregel, alleen binnen de (materiële) grenzen van deze wetgevingshandelingen mag handelen. In een aantal andere bepalingen van verordening nr. 1093/2010 met betrekking tot de taken en bevoegdheden van de EBA wordt ook bevestigd dat deze handelingen de uiterste bevoegdheidsgrenzen van de EBA vormen. [40] De bestreden richtsnoeren moeten dus aan de inhoud en het toepassingsgebied van deze handelingen worden getoetst.

66. Wat betreft richtlijnen 2013/36, 2007/64 en 2009/110, die in de bestreden richtsnoeren met betrekking tot de werkingssfeer ervan specifiek worden genoemd [41], blijkt dat het allemaal wetgevingshandelingen zijn waarnaar in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 wordt verwezen. [42] De EBA kan in beginsel dus richtsnoeren vaststellen om deze instrumenten inhoud te geven.

67. Er bestaat evenwel een duidelijke discrepantie tussen het voorwerp van deze handelingen en het voorwerp van de richtsnoeren. Terwijl die richtsnoeren voorzien in specifieke „regels” inzake *product*governance, hebben al die handelingen betrekking op *corporate* governance door in het bijzonder te voorzien in regels voor interne procedures van financiële instellingen, duidelijke organisatorische structuren met consequent afgebakende verantwoordelijkheden, en in procedures voor risicobeheer en kapitaalvereisten. Het is onduidelijk hoe richtsnoeren inzake *product*governance bijdragen tot de effectieve en consistente toepassing van handelingen betreffende *corporate governance*, zeker op de korte termijn. Terwijl in laatstgenoemde handelingen de risico’s in verband met verstoorde corporate governance op de lange termijn (dus structurele problemen) worden geregeld, wordt met de bestreden richtsnoeren getracht een regeling te treffen voor de interne processen voor productgovernance die van invloed zijn op resultaten op de korte termijn. Het soort (en de mate van) risico dat wordt geregeld in de bestreden richtsnoeren enerzijds en in de in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 bedoelde wetgevingshandelingen anderzijds, verschillen.

68. Het verschil tussen *productgovernance* en *corporate governance* als voorwerp van regelgeving is niet louter academisch. Een overeenkomstig voorbeeld op een ander terrein, zoals de auto-industrie, kan helpen het verschil duidelijk te maken. Corporate governance verplicht autofabrikanten om in elk stadium van de productie controlemechanismen toe te passen, om een transparante organisatiestructuur te hebben, om duidelijk vast te leggen wie waarvoor verantwoordelijk is, om te beschikken over systemen voor het oplossen van eventuele problemen, enzovoort. Al deze regels houden verband met het soepel functioneren van het bedrijf. Daarentegen betreft productgovernance de verplichting voor autofabrikanten om de relevante doelgroep van een nieuwe auto te benoemen, om te onderzoeken hoe een nieuw automodel past in het bestaande aanbod van auto’s en of het bestaan van te veel alternatieven voor personenauto’s consumenten belet een weloverwogen keuze te maken. Dergelijke „regels”

[39] Cursivering van mij.

[40] Zie binnen hoofdstuk II en niet-uitputtend artikel 8, lid 1, onder a) en b); artikel 9, lid 5; artikel 10, lid 1; artikel 15, lid 1; artikel 17, lid 1 en lid 6, van verordening nr. 1093/2010.

[41] In het bijzonder artikel 74, lid 1, artikel 10, lid 4, respectievelijk artikel 3, lid 1, die zijn opgesomd in punt 6 van de richtsnoeren.

[42] In de ten tijde van de zaak toepasselijke versie van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 wordt niet richtlijn 2010/64, maar richtlijn 2015/2366 vermeld, aangezien die laatste richtlijn de eerstgenoemde heeft vervangen.

hebben weinig te maken met het intern functioneren van het bedrijf. Zij beogen de commerciële besluitvorming te regelen met betrekking tot de kwaliteit van de aan klanten aangeboden producten. Met andere woorden, de regels voor corporate governance betreffen de kwaliteit van de interne processen en mechanismen die zorgen voor het soepel functioneren van het bedrijf. De regels voor productgovernance betreffen commerciële keuzes die in wezen bedoeld zijn voor de afzet van auto's.

69. Daarnaast ben ik het met de FBF eens dat het voorwerp van deze wetgevingshandelingen niet hetzelfde is als het voorwerp van richtlijn 2014/65, waarin specifiek en uitdrukkelijk de governance wordt geregeld van financiële producten die door aanbieders van beleggingsdiensten worden verhandeld.[43] De EBA kon derhalve niet rechtsgeldig richtsnoeren inzake de governance van bankproducten vaststellen.

70. Daarentegen is het wel zo dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/17, dat ook specifiek wordt genoemd in hoofdstuk 2, punt 6, van de bestreden richtsnoeren, aan producten, in het bijzonder kredietproducten, is gekoppeld, zoals de Commissie en in zekere zin ook de verwijzende rechter hebben erkend. Het artikel kan dus misschien, althans gedeeltelijk, dienen als geschikte rechtsgrondslag voor de bestreden richtsnoeren.

71. Richtlijn 2014/17 gaat echter niet over productgovernance in dezelfde zin als de bestreden richtsnoeren. Die richtlijn regelt veeleer het gedrag van kredietverstrekkers in individuele gevallen en de methode om te beslissen of een krediet al dan niet aan een bepaalde klant wordt toegekend. Hoewel de EBA in enkele bepalingen van richtlijn 2014/17 de bevoegdheid krijgt om bepaalde voorschriften vast te stellen[44], is het voorts zo dat geen van die bepalingen specifiek betrekking heeft op productgovernanceregels en evenmin verwijst naar de vaststelling van richtsnoeren op dit gebied.

72. Ik heb dus enige moeite om richtlijn 2014/17 te gebruiken om de vraag te beantwoorden of de EBA bevoegd is om de bestreden richtsnoeren vast te stellen. Zelfs indien richtlijn 2014/17 in de onderhavige zaak daadwerkelijk als feitelijke rechtsgrondslag was erkend, wat niet het geval is, vraag ik mij af waartoe het in de praktijk precies leidt wanneer een van de vier doelstellingen wordt gehaald. Dit punt wordt vrij goed toegelicht in de opmerkingen van de Commissie.

73. De Commissie heeft betoogd dat het Hof de bestreden richtsnoeren ongeldig moet verklaren *voor zover zij betrekking hebben op* (i) artikel 10, lid 4, van richtlijn 2007/64, (ii) artikel 3, lid 1, van richtlijn 2009/110 en (iii) artikel 74, lid 1, van richtlijn 2013/36. Tegelijkertijd heeft de Commissie ook betoogd dat het Hof tot de conclusie moet komen dat de bestreden richtsnoeren geldig zijn *voor zover zij betrekking hebben op* artikel 7, lid 1, van richtlijn 2014/17 (of eigenlijk, om het voorstel van de Commissie volledig over te nemen, dat bij onderzoek van dit punt niet is gebleken van elementen die twijfel kunnen zaaien over de geldigheid van de richtsnoeren).

74. Ik moet toegeven dat ik me niet goed kan voorstellen wat het dictum van een dergelijk arrest praktisch gezien zou betekenen. Zou het betekenen dat de richtsnoeren „geldig" blijven, maar de werkingssfeer ervan in rechte alleen beperkt zou zijn tot kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen? Zouden de

[43] Waarnaar in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1093/2010 niet wordt verwezen, aangezien in richtlijn 2014/65 de Europese Autoriteit voor effecten en markten (hierna: „ESMA"), en niet de EBA, feitelijk wordt gemachtigd om richtsnoeren inzake productgovernance vast te stellen. Zie in dit verband de richtsnoeren van ESMA van 5 februari 2018 voor productgovernanceverplichtingen van MiFID II (ESMA35-43-620).

[44] Zoals artikelen 29, 34 en 37 van en bijlage 2 bij richtlijn 2014/17.

richtsnoeren dan alleen van toepassing blijven voor financiële instellingen indien zij die specifieke producten aanbieden? Of zou er op basis hiervan nog dieper op moeten worden ingegaan en zouden de afzonderlijke richtsnoeren één voor één moeten worden beoordeeld?

75. In het licht van dergelijke overwegingen lijkt de enige redelijke optie dat de richtsnoeren in hun geheel geldig of ongeldig moeten worden verklaard. Naar mijn mening vallen de bestreden richtsnoeren als geheel niet binnen de werkingssfeer van de wetgevingshandelingen als bedoeld in verordening nr. 1093/2010 of de handelingen waarbij specifieke taken aan de EBA worden opgedragen. De EBA heeft derhalve de grenzen van haar bevoegdheden overschreden door richtsnoeren vast te stellen waarvan het voorwerp niet onder die wetgevingshandelingen valt.

2. Met welke intensiteit moeten niet-bindende Uniehandelingen worden getoetst?

76. Indien in dit geval een *standaardcontrole* wordt gebruikt, dan zou dit leiden tot de voorlopige conclusie hierboven. Met „standaard" bedoel ik het soort toetsing dat het Hof normaal gesproken, en met dezelfde intensiteit, verricht bij de toetsing van de geldigheid van maatregelen met bindende rechtsgevolgen. [45]

77. Toch is de vraag op zijn plaats of maatregelen die beweerdelijk geen bindende rechtsgevolgen sorteren, überhaupt aan een dergelijk standaardonderzoek moeten worden onderworpen. Kortom, als iets niet bindend is, waarom zou iemand, inclusief dit Hof, zich er dan druk over maken? Waarom is het nodig om te controleren of een Unie-orgaan al dan niet binnen zijn bevoegdheid is gebleven, als niemand ook maar enige aandacht hoeft te besteden aan wat het bepleit? Deze overwegingen zouden, althans met betrekking tot echte zachte wetgevingsmaatregelen, moeten leiden tot een vrij *milde* toetsing, voor zover er al een toetsing moet zijn.

78. Het is in wezen in de lijn van die logica dat de ACPR en de EBA ter terechtzitting hebben betoogd dat niet-bindende handelingen van de Unie aan een lagere controle moeten worden onderworpen dan bindende handelingen, wat neerkomt op een louter *algemene* beoordeling van niet-bindende handelingen. Met die redenering wordt in wezen aangegeven dat het feit dat niet-bindende maatregelen – ook al passen zij niet strikt binnen het kader van de bevoegdheden van de EBA – *globaal* binnen die werkingssfeer kunnen vallen, volstaat om vast te stellen dat de richtsnoeren van de EBA rechtmatig zijn. Voor zover het de verdeling van de bevoegdheden betreft, zouden met name de instanties die niet-bindende handelingen vaststellen, baat hebben bij enige speelruimte, in plaats van dat hun strikte grenzen worden opgelegd. In de praktijk zouden deze maatregelen dan slechts terzijde worden geschoven indien zij *duidelijk* buiten de grenzen vallen van de bevoegdheid van de instantie die ze heeft vastgesteld.

79. Vanuit een bepaald oogpunt verschilt productgovernance misschien niet zo veel van corporate governance, indien beide op abstracte, teleologische wijze zouden worden bekeken. Beide zijn van invloed op de stabiliteit van het financiële stelsel. Zoals de EBA ter terechtzitting heeft benadrukt, hebben de richtsnoeren in het algemeen tot doel aanbevelingen te formuleren voor interne procedures waarmee buitensporige risico's worden voorkomen, aangezien het nemen van onverantwoorde risico's aan de basis lag van de financiële crisis in 2008. Doeltreffend

[45] Zie in het algemeen voor de erkenning van verschillen in intensiteit van de rechterlijke toetsing van artikel 263 VWEU bijvoorbeeld arresten van 18 maart 2014, Commissie/Parlement en Raad (C-427/12, EU:C:2014:170, punt 40), of 30 april 2019, Italië/Raad (Visquota voor mediterrane zwaardvis) (C-611/17, EU:C:2019:332, punten 57 en 120).

producttoezicht en regelingen die ervoor zorgen dat financiële producten voldoen aan de eisen van de doelgroepen, kunnen immers de economische prestaties van de financiële instelling verbeteren en het risico op faillissement verminderen.

80. Tegelijkertijd zouden de richtsnoeren van de EBA, zoals de ACPR, de Franse en de Poolse regering en de EBA betogen, nog steeds aldus kunnen worden beschouwd dat ze binnen het mandaat van de EBA vallen, omdat met verordening nr. 1093/2010 uitdrukkelijk wordt beoogd de consument te beschermen. Het klopt dat consumentenbescherming een belangrijke doelstelling van verordening nr. 1093/2010 is. Die doelstelling komt met name voor in artikel 1, lid 5, onder f)[46], en met name in artikel 9, dat gewijd is aan „Taken in verband met consumentenbescherming en financiële activiteiten". Dat alomvattende doel kan worden gebruikt om het handelen van de EBA op allerlei gebieden te rechtvaardigen.

81. Ik aanvaard die argumenten beslist. Ik kan me er echter niet bij aansluiten, niet op het niveau van dit concrete geval en niet in het algemeen.

82. Wat de specifieke aan de orde zijnde richtsnoeren betreft, geloof ik niet dat een ruime teleologische uitlegging van het werkgebied van de EBA op basis van vage „algemene doelstellingen" zou moeten worden omarmd om de bestreden richtsnoeren te rechtvaardigen. Een dergelijke ingrijpende regelgevende betrokkenheid van de EBA op basis van ruim omschreven doelstellingen is niet verdedigbaar in het licht van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1093/2010 zelf. Op grond van die bepaling lijkt de rol van de EBA eerder afgebakend te zijn. Die rol bestaat uit het verzamelen en analyseren van consumententrends, het evalueren en coördineren van educatieve initiatieven en het ontwikkelen van opleidingsnormen. Hoewel deze lijst niet uitputtend is, laat zij zien dat onder de noemer „consumentenbescherming" voor de EBA in zeer uiteenlopende soorten maatregelen en handelingen is voorzien.

83. Daarbij komt dat buitensporige risico's van nature gevaarlijk zijn. Toch houdt iedere zakelijke beslissing een risico in. Het feit dat dergelijke risico's zich kunnen voltrekken, volstaat niet als rechtvaardiging om een Unie-instelling toe te staan al deze risico's te reguleren, met name door middel van „louter" richtsnoeren. Indien productgovernance en corporate governance zouden worden beschouwd als zo met elkaar verweven dat daarmee het handelen van de EBA betreffende productgovernance op basis van wetgevingshandelingen voor corporate governance wordt gerechtvaardigd, dan zou de EBA het recht hebben regels vast te stellen, mogelijk zonder enige beperking, in allerlei situaties die strikt genomen weinig met corporate governance te maken hebben. Zou de EBA dan ook niet de bevoegdheid moeten hebben om richtsnoeren voor de selectie en bevordering van personeel vast te stellen; voor de selectie van softwareleveranciers; voor het functioneren van een hulplijn; of voor het proces voor de aankoop van meubilair? Of misschien zou de EBA de veiligheid van veiligheidsgordels in door de directie van een financiële instelling gebruikte auto's moeten kunnen regelen. Indien dergelijke voor de stabiliteit van de financiële sector belangrijke personen in het geval van een noodlottig auto-ongeluk niet goed zouden worden beschermd, zou dat de stabiliteit van de sector in zekere zin ook in gevaar brengen.

[46] Hierbij moet worden opgemerkt dat er enig verschil lijkt te bestaan tussen de Engelse versie van artikel 1, lid 5, onder f), waarin aanvankelijk naar bescherming van *customers* (cliënten) werd verwezen, en de andere taalversies (zoals de Franse, de Duitse, de Italiaanse, de Spaanse, de Nederlandse of de Tsjechische), die betrekking hadden op bescherming van *consumers* (consumenten). Ten gevolge van de laatste wijzigingen die zijn aangebracht bij verordening (EU) 2019/2175 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2019 (PB 2019 L 334, p. 1) van verordening nr. 1093/2010 luidt deze bepaling thans als volgt: „het verbeteren van de bescherming van cliënten en consumenten". Ik wil geen argument ontlenen aan dat verschil. Het is gewoon intrigerend om de wetgevingstechniek te signaleren die erin bestaat verschillen op taalgebied te verduidelijken door alle verschillende begrippen op te nemen.

84. Indien de rechterlijke toetsing van niet-bindende rechtshandelingen op grond van artikel 267 VWEU zou moeten worden uitgevoerd (wat het Hof benadrukt), bestaan er daarnaast in het algemeen talloze en eerder zwaarwegende argumenten over waarom die toetsing een gewone, standaard vorm van toetsing zou moeten zijn.

85. Ten eerste zou een verdere verspreiding van de „crypto-wetgeving" in de vorm van zachte wetgeving in de Unie alleen maar in de hand worden gewerkt indien het de instellingen en, meer in het algemeen, de vele organen van de Unie wordt toegestaan „juridisch niet-bindende" maatregelen met beperkte rechterlijke toetsing (bijvoorbeeld zonder controle van de bevoegdheid) vast te stellen. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak België/Commissie [47] heb uiteengezet, kunnen organen van de Unie via zachte wetgeving parallelle regelingen invoeren die het wetgevingsproces omzeilen en die gevolgen kunnen hebben voor het institutionele evenwicht.

86. Ten tweede is het niet alleen het (horizontale) institutionele evenwicht dat door dergelijke praktijken wordt aangetast, maar vooral ook de algehele legitimiteit van de afgeleide regels. De uitbreiding van Unie-instellingen heeft geleid tot bezorgdheid over de legitimiteit van de uitoefening van gedelegeerde bestuurlijke bevoegdheden. Er moet dus op worden toegezien dat die uitoefening niet ongecontroleerd blijft, zelfs als het gaat om nominaal niet-bindende handelingen van de Unie. [48]

87. Ten derde winnen die argumenten met name aan kracht wanneer al sprake is van een duidelijke „vlucht naar zachte wetgevingsinstrumenten" op een aantal nieuwe beleidsterreinen, met de bancaire unie en financieel toezicht als sprekende voorbeelden van dit fenomeen. In deze context is het paradoxaal te zien dat het Hof met het Verdrag van Lissabon door de afschaffing van de pijlerstructuur [49] – die qua rechtsbescherming onvolledig was – weliswaar uiteindelijk volledige standaard bevoegdheid heeft verkregen ten aanzien van alle handelingen van de organen en instellingen van de Unie, maar dat hetzelfde probleem thans intern weer de kop kan opsteken op gebieden van Uniehandelingen waar het gedrag van particulieren wordt geregeld, welke gebieden opnieuw feitelijk van toetsing worden uitgesloten, ditmaal uit eigen keuze van het Hof.

88. Ten vierde is er een aanvullend argument dat specifiek betrekking heeft op agentschappen van de Unie, in tegenstelling tot instellingen van de Unie. Hoewel voor alle organen van de Unie natuurlijk het beginsel van toegewezen bevoegdheid geldt, krijgen agentschappen van de Unie vaak aanvullend een gespecialiseerd en eerder beperkt mandaat. Afgezien van het grondwettelijke argument waarom bij een dergelijke structuur een louter milde toetsing niet op zijn plaats is, is er ook een pragmatischer argument. Het betreft het risico van een „huis dat overvol is met zachte wetgeving". Wanneer meerdere agentschappen of organen een overlappend mandaat hebben waardoor zij vergelijkbare of verwante kwesties gaan regelen (zoals opnieuw het geval is in het bank- en geldwezen), zou uitlegging van dergelijke mandaten op een relatief hoog abstractieniveau en met het oog op het behalen van abstracte doelstellingen er immers enkel toe leiden dat overlappende of zelfs met elkaar strijdige zachte wetgevingsinstrumenten ontstaan.

89. Ik ben direct bereid toe te geven dat die overweging merkwaardig is: hoe kan er per definitie sprake zijn van *strijdigheid* tussen juridisch niet-bindende maatregelen? Wat niet juridisch bindend is, kan niet in strijd zijn, omdat er geen wettelijke verplichtingen kunnen ontstaan. Dus wat kan er dan in strijd zijn?

47 C-16/16 P, EU:C:2017:959, punten 93-95.

48 Zie in die zin arresten van 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit (9/56, EU:C:1958:7); 14 mei 1981, Romano (98/80, EU:C:1981:104), en 22 januari 2014, Verenigd Koninkrijk/Parlement en Raad (C-270/12, EU:C:2014:18).

49 Zie verder mijn conclusie in de zaak Hongarije/Parlement (C-650/18, EU:C:2020:985, punten 33-37).

90. Ten vijfde en tot slot, is het probleem dat het Hof kennelijk heeft geweigerd deze logica te aanvaarden, zoals laatstelijk in het arrest België/Commissie is bevestigd. In mijn conclusie in die zaak [50] heb ik inderdaad de mogelijkheid geopperd dat wordt uitgegaan van de vorm van een juridische maatregel van de Unie, die dan vervolgens bepaalt hoe naar de inhoud moet worden gekeken. Als iets een „richtsnoer" wordt genoemd, wordt dat dus geacht in het geheel geen bindende rechtsgevolgen te hebben, waarbij iedereen het recht heeft het volledig te negeren, omdat het een richtsnoer is.

91. Het Hof heeft echter vastgehouden aan de eerdere benadering, in het kader waarvan in elk individueel geval en los van de formele kwalificatie van een handeling eerst moet worden beslist of het om een „echte" of „onechte" zachte wetgevingsmaatregel gaat. [51] Het onvermijdelijke gevolg van die benadering is evenwel dat, voordat wordt vastgesteld of een bepaalde maatregel een echte zachte wetgevingsmaatregel is, niet kan worden uitgesloten dat die maatregel daadwerkelijk bindende juridische verplichtingen doet ontstaan. Het is derhalve beslist mogelijk dat geadresseerden van Unievoorschriften, ongeacht hun aard, daadwerkelijk in een situatie kunnen verkeren waarin ze niet kunnen zeggen wat formeel verbindend is en, voor zover het hun materiële verplichtingen betreft, welke van de mogelijk tegenstrijdige richtsnoeren zij moeten volgen.

92. Tot slot en terugkomend op het specifieke voorbeeld van de EBA, lijkt het erop dat de Uniewetgever zelf onder ogen is gaan zien dat mogelijke problemen kunnen ontstaan en zich bereid heeft getoond nauwlettender toezicht te houden op de handelingen van de EBA. Verordening nr. 1093/2010 is inmiddels inderdaad gewijzigd bij verordening 2019/2175. Als gevolg van die wijziging (en hoewel zij in het onderhavige geval niet in de tijd van toepassing is), bepaalt een nieuw artikel 60 bis van verordening nr. 1093/2010, met als opschrift „Bevoegdheidsoverschrijding door de [EBA]", dat „[e]lke natuurlijke of rechtspersoon [...] de Commissie een met redenen omkleed advies [kan] zenden indien die persoon van mening is dat de [EBA] haar bevoegdheid heeft overschreden [...] handelend op grond van de artikelen 16 [...] en dat van rechtstreeks en individueel belang is voor die persoon." [52]

93. Nogmaals, met betrekking tot echte zachte wetgeving is dit alles gewoon onthutsend. In hoofdstuk V van verordening nr. 1093/2010, met als opschrift „Rechtsmiddelen", staat een bepaling die van de veronderstelling uitgaat dat de EBA bij de vaststelling van wat juridisch niet-bindende richtsnoeren en aanbevelingen op grond van artikel 16 van de verordening, of ook niet-bindende adviezen op grond van artikel 16 bis zouden moeten zijn, haar bevoegdheid zou kunnen overschrijden, waardoor een rechtsmiddel nodig is. Wat de systemische redenering achter een dergelijke bepaling ook mag zijn, kan redelijkerwijze worden aangenomen dat zij niet zou zijn ingevoerd indien de Uniewetgever niet tot de slotsom was gekomen dat er misschien een probleem bestond. De enige zekerheid die overblijft is dat het onwaarschijnlijk is dat de mailbox van de Commissie vol zal stromen als de voorwaarde voor een persoon om brief te mogen schrijven aan de Commissie in wezen is dat die persoon door de kwestieuze maatregel „individueel en rechtstreeks geraakt" moet zijn, zeker als de inspiratie voor de uitlegging van die concepten uit de vaste rechtspraak van het Hof over artikel 263, lid 4, VWEU zou moeten worden gehaald.

[50] Conclusie in de zaak België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punten 144-171).

[51] Arrest van 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punten 29 en 32).

[52] Zie ook overweging 5 van verordening 2019/2175: „De inhoud en de vorm van acties en maatregelen van de ESA's, daaronder begrepen instrumenten zoals richtsnoeren [...] dienen steeds gebaseerd te worden op en te blijven binnen de grenzen van de in artikel 1, lid 2, van de oprichtingsverordeningen bedoelde wetgevingshandelingen of binnen de grenzen van hun bevoegdheden." Zie in die zin de tweede subalinea van het nieuwe artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1093/2010: „De richtsnoeren en aanbevelingen zijn in overeenstemming met de bevoegdheden die zijn overgedragen bij de in artikel 1, lid 2, of in dit artikel genoemde wetgevingshandelingen."

94. Gelet op al deze argumenten kan ik slechts concluderen dat het inderdaad essentieel is om niet-bindende handelingen van agentschappen van de Unie, althans wat hun bevoegdheden betreft, aan een *standaard* rechterlijke toetsing te onderwerpen, zodat die agentschappen niet op onrechtmatige wijze inbreuk maken op de bevoegdheden van andere organen of instellingen van de Unie.

3. Welk soort (formele) uitkomst heeft een dergelijke toetsing?

95. Een laatste probleem in de context van de rechterlijke toetsing van juridisch niet-bindende handelingen betreft het soort uitkomst wanneer een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van een dergelijke handeling is ingediend. Wat zou de uitkomst kunnen zijn in een zaak waarin i) de bestreden handeling van de Unie niet juridisch bindend is en dus niet vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 263 VWEU en de handeling dus niet formeel nietig kan worden verklaard in het kader van een dergelijke procedure, maar ii) waar het Hof naar aanleiding van een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU heeft vastgesteld dat de autoriteit die de handeling heeft vastgesteld onbevoegd is?

96. Er zijn twee plausibele uitkomsten. Ten eerste zou de juridisch niet-bindende handeling van de Unie ongeldig kunnen worden verklaard, wat de normale uitkomst is bij andere soorten (bindende) Unierechtelijke handelingen die mogelijk niet voldoen op grond van artikel 267 VWEU. Ten tweede zou een vraag over de geldigheid van een dergelijke handeling feitelijk kunnen worden geherformuleerd als een uitleggingsvraagstuk in de zin van artikel 267 VWEU, dat ofwel betrekking heeft op de uitlegging van de niet-bindende Uniehandeling zelf, ofwel op de uitlegging van de (bindende) rechtsgrondslag waarop die handeling is vastgesteld (in casu verordening nr. 1093/2010).

97. Wat wellicht meteen terzijde zou kunnen worden geschoven is het eerste alternatief van het tweede scenario: indien het Hof zou oordelen dat een autoriteit in strijd met haar bevoegdheid een niet-bindende maatregel van Unierecht heeft vastgesteld, zie ik niet in hoe het dan aan het Hof zou staan om bijeen te komen en als rechter die handeling te herzien via „uitlegging" van wat er überhaupt nooit had mogen zijn.

98. Indien ik mij niet vergis had het Hof in zijn rechtspraak nooit geoordeeld dat een niet-bindende handeling van de Unie ongeldig was, tot kort geleden [53]. Dat is wellicht deels te wijten aan het feit dat nationale rechterlijke instanties met betrekking tot dergelijke handelingen meestal vragen over de *uitlegging* hebben gesteld. [54] Het is echter ook niet meer dan redelijk te erkennen dat het Hof (tot nu toe) vragen over de geldigheid steeds had geherformuleerd tot vragen over uitlegging. [55]

[53] In het arrest van 25 maart 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249), waarin het Hof een door de EBA vastgestelde aanbeveling ongeldig heeft verklaard. Het feit dat de betrokken aanbeveling een echt soft law-instrument was, dat wil zeggen duidelijk niet-bindend (punt 79 van het arrest), en dus uitdrukkelijk was uitgesloten van de rechterlijke toetsing krachtens artikel 263 VWEU (punt 82), stond volgens het Hof niet in de weg aan een volledig onderzoek van de geldigheid van die niet-bindende maatregel krachtens Grimaldi op grond van artikel 267 VWEU.

[54] Zie, naast het arrest Grimaldi, arrest van 13 juni 2017, Florescu e.a. (C-258/14, EU:C:2017:448).

[55] Zie bijvoorbeeld arresten van 8 april 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, punt 17); 11 mei 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312), en 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punten 31-34 en 46-94).

99. Een dergelijke „transformatie” was wellicht het duidelijkst zichtbaar in het arrest van de Grote kamer in de zaak Kotnik e.a., waar het Hof een aantal vragen over de geldigheid specifiek heeft beoordeeld alsof het vragen over de uitlegging betrof.[56] Bovendien heeft het Hof bij twee eerdere gelegenheden zelfs uitdrukkelijk de mogelijkheid uitgesloten om de geldigheid van de litigieuze handeling te beoordelen nadat het had vastgesteld dat die maatregel geen bindende gevolgen had.[57]

100. De rechtspraak van het Hof zou dus in zekere zin kunnen worden beschouwd als een antwoord op de vrij intense opening van deze conclusie: wat nooit heeft geleefd (als wetgeving) kan niet (door het Hof) ten grave worden gedragen. Het enige dat het Hof kan doen is met gezag vaststellen dat dat wezen nooit is geboren, omdat het door de fysionomie van de moeder is uitgesloten dat zij ooit zou kunnen bevallen van dat schepsel.

101. In zekere zin voorkomt die oplossing in ieder geval een aantal van de problemen die zouden kunnen ontstaan indien het Hof op grond van artikel 267 VWEU een handeling ongeldig verklaart die op grond van artikel 263 VWEU niet nietig kan worden verklaard omdat zij geen bindende rechtsgevolgen heeft. Het Hof zou bij die benadering kunnen blijven en in casu aldus kunnen oordelen dat de gecombineerde lezing van de artikelen 1, 8 en 16 van verordening nr. 1093/2010 eraan in de weg stond dat de EBA de bestreden richtsnoeren vaststelde omdat zij daartoe niet bevoegd was.

102. Bovendien is dat antwoord waarschijnlijk geschikter dan een antwoord over de geldigheid in het kader van vraag 3, aangezien de verwijzende rechter strikt formeel gezien geen vraag heeft gesteld over de geldigheid. De verwijzende rechter heeft zich beperkt tot de vraag of de EBA bij de vaststelling van de bestreden richtsnoeren haar bevoegdheden heeft overschreden.

103. Over het algemeen genomen is een dergelijke uitkomst dus mogelijk.[58] Praktisch gezien is verklaren dat het wezen niet bestaat niet zo anders dan vaststellen dat zijn moeder überhaupt nooit van hem had kunnen bevallen.[59] Aan die vaststelling hangt niettemin een prijskaartje en zij brengt eigen problemen met zich. Daarom geef ik het Hof nog steeds in overweging uitdrukkelijk antwoord te geven op de vraag over de *geldigheid* van de bestreden richtsnoeren.

104. Ten eerste leidt de constatering dat bevoegdheid ontbreekt, ook al heeft de verwijzende rechter vraag 3 geformuleerd vanuit het oogpunt van de bevoegdheid, logischerwijs tot nietigheid of tot een verklaring van ongeldigheid.[60] Het is vrij moeilijk in te zien hoe een bevoegdheidsoverschrijding kan worden vastgesteld terwijl de handeling nog steeds ergens in de lucht blijft hangen.

[56] Arrest van 19 juli 2016, Kotnik e.a. (C-526/14, EU:C:2016:570, punten 31-34 en 46-94), voor wat betreft vragen 2 tot en met 5 van de verwijzende rechter.

[57] Zie bijvoorbeeld met betrekking tot een gebruiksaanwijzing van de Commissie over de invoer- en uitvoercertificaten het arrest van 8 april 1992, Wagner (C-94/91, EU:C:1992:181, punten 16 en 17); met betrekking tot de conclusies van het Comité douanewetboek, ondanks het feit dat de lidstaten met deze conclusies „rekening moesten houden”, het arrest van 11 mei 2006, Friesland Coberco Dairy Foods (C-11/05, EU:C:2006:312, punten 40 en 41), gezien in het licht van de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro (EU:C:2006:78, punt 24): „Toezicht op de rechtmatigheid is enkel mogelijk voor bepalingen met bindende rechtsgevolgen.”

[58] Zeker in dit specifieke geval. In andere gevallen bestaat er immers misschien niet altijd een algemene juridische bepaling als artikel 16 van verordening nr. 1093/2010 waaraan een dergelijke „uitlegging” formeel kan worden toegevoegd.

[59] Ten minste voor die derden die eenvoudig wensen dat er geen wezen is. Dit zou anders kunnen zijn indien het uit het oogpunt van dat dier wordt bekeken, dat zich toch wat meer aangesproken zou voelen door die laatste vaststelling.

[60] Zie bijvoorbeeld arrest van 24 mei 2007, Commissie/Portugal (C-376/06, niet gepubliceerd, EU:C:2007:308, punt 47).

105. Ten tweede en fundamenteler, is het dan aan de verwijzende rechter om aan de hand van dat antwoord van het Hof te handelen? Kan de verwijzende rechter door gevolgen te verbinden aan een dergelijke vaststelling van het Hof de richtsnoeren dan zelf ongeldig verklaren? Of zou de vaststelling dat op Unieniveau sprake is van een bevoegdheidsoverschrijding, de verwijzende rechter het recht geven om het nationale „uitvoerende" zachte wetgevingsinstrument nietig te verklaren?

106. In ieder geval zijn de hierboven genoemde hypothetische opties voor de nationale rechter onbevredigend vanuit het oogpunt van verschillende normatieve (Unie- of nationale) voorschriften en kunnen zij de rechtspraak in de lijn van het arrest Foto-Frost ondermijnen. In beginsel staat het uitsluitend aan het Hof om te oordelen over de (on)geldigheid van Unierechtelijke handelingen. Nationale rechters mogen daarentegen alleen handelingen van nationale oorsprong nietig verklaren. In het algemeen zijn antwoorden in de zin van „een Unierechtelijke handeling moet aldus worden uitgelegd dat zij een andere handeling uitsluit", geschikt is voor *nationale* handelingen, en niet voor Unierechtelijke handelingen, of zij nu bindend zijn of niet. Die omweg is namelijk noodzakelijk ten aanzien van nationale wetgeving, omdat het Hof bevoegd is om het Unierecht uit te leggen, maar niet om het nationale recht te beoordelen. Omgekeerd is een dergelijke structuur niet geschikt wanneer de bestreden richtsnoeren *Unierechtelijke* handelingen zijn, aangezien het Hof in beginsel niet alleen bevoegd is om die handelingen te beoordelen, maar ook om ze nietig of ongeldig te verklaren.

107. Ten derde leidt de herformulering van een vraag over geldigheid in een vraag over uitlegging tot een ingrijpende herziening (of althans een beperking van de draagwijdte) van de rechtspraak in de lijn van het arrest Grimaldi. Anders dan daarin is gesteld en wat sindsdien vaak is herhaald [61], zou het Hof eigenlijk niet bevoegd zijn om uitspraak te doen over „de geldigheid van *alle handelingen* van de instellingen van de Unie, *zonder enige uitzondering*". Het Hof zou dus de mogelijkheid worden ontnomen om zich op grond van 267 VWEU uit te spreken over de geldigheid van niet-bindende Uniehandelingen. Er zou dus sprake zijn van een grote – en met de uitbreiding van zachte wetgevingsinstrumenten steeds groter wordende – uitzondering op de bevoegdheid van het Hof, zowel op grond van artikel 267 als op grond van artikel 263 VWEU.

108. Ten vierde en ten slotte zou de beperking van de draagwijdte van het arrest Grimaldi in feite betekenen dat er in zekere zin opnieuw enige samenhang tussen de artikelen 263 en 267 VWEU wordt ingevoerd. Die samenhang zou echter feitelijk op de kleinste gemene deler berusten en ten koste gaan van elke daadwerkelijke op grond van het Unierecht geboden rechtsbescherming. Het zou betekenen dat als er op grond van artikel 263 VWEU geen daadwerkelijke toegang tot rechterlijke toetsing van zachte wetgevingsmaatregelen bestaat, het dan het beste zou zijn als er op grond van artikel 267 VWEU ook geen toegang is.

109. In het laatste deel van deze conclusie (C) zal ik uitleggen waarom en hoe deze logica structureel gezien onjuist is. Met het oog op een antwoord op vraag 3 geef ik het Hof evenwel in overweging te opteren voor het eenvoudigste, duidelijkste en zelfs eerlijkste antwoord: de bestreden richtsnoeren moeten ongeldig worden verklaard voor zover de EBA buiten de haar bij verordening nr. 1093/2010 verleende bevoegdheden heeft gehandeld.

[61] Zie de hierboven in voetnoot 19 aangehaalde rechtspraak.

C. Vragen 1 en 2: verhouding tussen artikel 263 en 267 VWEU

110. Nu pas kunnen de bredere problemen van vragen 1 en 2 van de verwijzende rechter naar waarde worden geschat. Derhalve zal ik hierna achtereenvolgens op deze twee vragen ingaan. Ik begin met het tweede deel van zowel vraag 1 als vraag 2, die betrekking hebben op de procesbevoegdheid van de FBF voor de verwijzende rechter. (1) Daarna bespreek ik het arrest Foto-Frost en de vraag of een nationale rechter verplicht is om een verzoek om een prejudiciële beslissing aan het Hof voor te leggen indien wat hij overweegt erg lijkt op het „buiten werking stellen" van de nationale toepassing van een niet-bindende Uniehandeling (2). Tot slot sta ik stil bij de algehele verhouding tussen de artikelen 263 en 267 VWEU ten aanzien van niet-bindende Unierechtelijke handelingen waarop het eerste deel van vragen 1 en 2 berust (3). Die benadering leidt uiteindelijk tot een nogal onbevredigende conclusie over de algemene stand van het Unierecht op dit gebied en werpt de vraag op hoe (als dat al mogelijk is) de arresten Grimaldi, Foto-Frost en België/Commissie met betrekking tot zachte wetgevingsinstrumenten feitelijk met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht. (4)

1. Procesbevoegdheid op grond van artikel 263 VWEU en artikel 267 VWEU (tweede deel van vragen 1 en 2)

111. Op het eerste gezicht en apart gelezen[62], is het tweede deel van vraag 1 niet-ontvankelijk, omdat de onderhavige zaak geen beroep tot nietigverklaring is. Op het tweede deel van vraag 2 moet aldus worden geantwoord dat het een kwestie van nationaal recht en niet van Unierecht is om te beslissen wanneer en hoe een partij in een nationale procedure een exceptie van onwettigheid kan aanvoeren.

112. Wanneer de vragen 1 en 2 echter in onderlinge samenhang en tegen de achtergrond de onderhavige zaak worden beschouwd, blijkt echter dat de verwijzende rechter in feite het „TWD-scenario" voor ogen heeft: een geval waarin een verzoeker die bij het Hof een beroep tot nietigverklaring van een Uniehandeling had kunnen instellen, maar dat niet heeft gedaan, de geldigheid van een nationale handeling ter uitvoering van die maatregel niet meer voor een nationale rechter mag aanvechten.

113. Volgens de rechtspraak in de lijn van het arrest TWD[63], zoals laatstelijk in de zaak Georgsmarienhütte e.a.[64] nader uitgewerkt, geldt dat indien het geen twijfel lijdt dat een persoon die een Uniehandeling wil aanvechten procesbevoegdheid heeft op grond van artikel 263, vierde alinea, VWEU, die persoon verplicht is om gebruik te maken van het in deze bepaling voorziene rechtsmiddel door beroep in te stellen bij het Gerecht. De mogelijkheid voor een justitiabele om voor de nationale rechterlijke instantie waar hij zijn beroep heeft ingesteld de ongeldigheid aan te voeren van bepalingen in Uniehandelingen, veronderstelt dus dat de betrokken partij voor het aanvechten van die bepalingen geen rechtstreeks recht van beroep had op grond van artikel 263 VWEU.

[62] Zie hierboven punten 30-34 van deze conclusie.

[63] Arresten van 9 maart 1994, TWD (C-188/92, EU:C:1994:90); 23 februari 2006, Atzeni e.a. (C-346/03 en C-529/03, EU:C:2006:130, punt 31); 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, punt 41), en 28 april 2016, Borealis Polyolefine e.a. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 en C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311, punt 46).

[64] Arrest van 25 juli 2018, Georgsmarienhütte e.a. (C-135/16, EU:C:2018:582).

114. In casu wenst de verwijzende rechter in de eerste plaats te vernemen of een beroepsorganisatie zoals de FBF tegen de richtsnoeren van de EBA een beroep tot nietigverklaring had kunnen instellen teneinde in casu te bepalen of zij de geldigheid nog kan aanvechten van een nationale maatregel (de mededeling van de ACPR) waarmee de richtsnoeren van de EBA van toepassing zijn verklaard.

115. In de context van een geval dat betrekking heeft op een echte zachte wetgevingsmaatregel, denk ik niet dat dergelijke overwegingen *relevant* zijn. Zelfs indien dergelijke overwegingen wel relevant zouden zijn, zijn zij echter nog *niet verdedigbaar*.

116. Aangezien de richtsnoeren van de EBA volgens de klassieke benadering van het Hof niet bindend zijn[65], zou een beroep tot nietigverklaring bij het Hof ten eerste hoe dan ook niet-ontvankelijk zijn vanwege de *aard* van de betrokken Uniehandeling, *ongeacht* of de verzoeker rechtstreeks en individueel wordt geraakt. De benadering van het Hof tot op heden is dat indien sprake is van een echte zachte wetgevingsmaatregel er feitelijk helemaal geen voor beroep vatbare handeling is. In de praktijk gaat een dergelijke (objectieve) beoordeling namelijk vooraf aan een beoordeling van de (nogal subjectieve) procesbevoegdheid van een bepaald persoon. Dus als er geen sprake is van een voor beroep vatbare handeling, kan in zekere zin op grond van artikel 263 VWEU *door niemand* worden geëist dat dergelijke maatregelen worden getoetst.

117. Ten tweede zou de rechtspraak in de lijn van het arrest TWD in de onderhavige zaak hoe dan ook gewoon niet aan de orde komen, en in bredere zin vrijwel nooit in zaken betreffende zachte wetgevingsmaatregelen.

118. Daar is een eenvoudige reden voor. Volgens het arrest TWD en aanverwante arresten is vereist dat „niet buiten twijfel staat dat [de verzoeker] het recht had" om een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 263 VWEU in te stellen, ten einde de weg van toetsing op grond van artikel 267 VWEU door dezelfde verzoeker af te sluiten.[66] Het is echter vrijwel onmogelijk te stellen dat een beroepsvereniging die de belangen van haar leden beschermt, zoals de FBF, een dergelijk buiten twijfel staand recht heeft om op grond van artikel 263 VWEU beroep in te stellen tegen niet-bindende Uniehandelingen zoals de bestreden richtsnoeren. Met betrekking tot een zachte wetgevingsmaatregel moet immers altijd vooraf worden beoordeeld of die maatregel al dan niet een echte of een onechte niet-bindende rechtshandeling is, wat op zich reeds een tamelijk complexe beoordeling is. Vervolgens zou dan de vraag zijn of een vereniging of een ander orgaan dat de belangen van haar leden behartigt, zodanig individueel en rechtstreeks wordt geraakt dat haar procesbevoegdheid wordt verleend.[67]

119. Dit alles komt allemaal neer op een complex soort beoordeling die enorm verschilt van de logica en het doel van de uitzondering van het TWD-arrest.[68] Die uitzondering moet naar behoren beperkt blijven tot *kennelijke* ontvankelijkheid. Zij kan niet worden uitgebreid tot *eventuele* ontvankelijkheid, waarbij de feitelijke toetsing aan de voorwaarden van artikel 263

[65] Zoals ik hierboven in de punten 40 tot en met 55 van deze conclusie heb aangevoerd.

[66] Zie arresten van 9 maart 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90, punt 24), en 25 juli 2018, Georgsmarienhütte e.a. (C-135/16, EU:C:2018:582, punt 17).

[67] Zie voor voorbeelden van die complexiteit en de diversiteit van de gerealiseerde uitkomsten bijvoorbeeld de arresten van 16 maart 1978, Unicme e.a./Raad (123/77, EU:C:1978:73); 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad (C-50/00 P, EU:C:2002:462) en 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10).

[68] Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona in de zaak Georgsmarienhütte e.a. (C-135/16, EU:C:2018:120, punt 40).

VWEU in feite in artikel 267 VWEU wordt bijgeschreven en er vervolgens aan de nationale rechters wordt opgelegd om die artikelen parallel te beoordelen. Evenmin kan die uitzondering worden omgekeerd door er *kennelijke niet-ontvankelijkheid* van te maken.

120. Hieruit volgt dat een beroepsorganisatie op grond van het Unierecht zonder meer met een exceptie van ongeldigheid kan opkomen tegen richtsnoeren van de Unie die zijn gericht tot de leden waarvan zij de belangen beschermt, zelfs wanneer zij niet rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Wanneer en hoe zij dit volgens het nationale recht en de nationale procedure kan doen, is een heel ander verhaal en het staat aan de verwijzende rechter om dat te bepalen.

2. Is het arrest Foto-Frost van toepassing op niet-bindende maatregelen?

121. Alvorens in te gaan op het door de verwijzende rechter opgeworpen algemene structurele probleem in hoeverre er al dan niet een verband bestaat tussen de artikelen 263 en 267 VWEU wat de toetsing van de geldigheid van zachte wetgevingsmaatregelen betreft, moet er nog een ander stukje van de puzzel worden besproken: het arrest Foto-Frost.

122. De uitspraak in de zaak Foto-Frost en de gevolgen daarvan voor nationale toetsing van niet-bindende handelingen heeft de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing aan de orde gesteld, ook al heeft dat niet geleid tot het stellen van een specifieke vraag aan het Hof. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing vloeit immers voort uit het feit dat de verwijzende rechter zowel het arrest Grimaldi als het arrest Foto-Frost heeft toegepast in de specifieke context van niet-bindende maatregelen waar het nationale recht een rechtstreekse toetsing van zachte wetgevingsmaatregelen toestaat en het Unierecht niet. Is de nationale rechter in een dergelijk geval *verplicht* om het Hof overeenkomstig het arrest Foto-Frost een vraag voor te leggen betreffende de geldigheid van de bestreden richtsnoeren? Of moet het worden uitgelegd als een loutere door de rechtspraak in de lijn van het arrest Grimaldi geboden *mogelijkheid*?[69]

123. In het arrest Foto-Frost is vastgesteld dat een nationale rechter verplicht is om zich tot het Hof te wenden over de geldigheid van een Unierechtelijke handeling, tenzij hij van oordeel is dat de aangevoerde gronden ter ondersteuning van de ongeldigheid ongegrond zijn.[70] De voor deze verplichting genoemde grond, die geen steun vindt in de tekst van het Verdrag[71], is tweeledig: ten eerste is uniformiteit bijzonder dwingend wanneer de geldigheid van een Uniehandeling in het geding is, opdat in dit opzicht tussen nationale rechters geen verschil van inzicht ontstaat. Ten tweede is het voor de samenhang van het stelsel van rechtsbescherming en het volledige stelsel van rechtsmiddelen van de Unie (met name de exclusieve bevoegdheid van het Hof om Uniehandelingen nietig te verklaren) noodzakelijk dat de bevoegdheid om de ongeldigheid van een Uniehandeling vast te stellen wanneer daarop voor een nationale rechter een beroep wordt gedaan, alleen aan het Hof toekomt.[72]

[69] Voor de volledigheid kan worden opgemerkt dat indien het Hof de benadering zou volgen waarbij vragen over de geldigheid van zachte wetgeving op grond van artikel 267 VWEU in feite vragen betreffen over de uitlegging van de „moederwetgeving" (zoals hierboven besproken in punt 98 tot en met 103), dan zou het arrest Foto-Frost logischerwijs in ieder geval niet van toepassing zijn op zachte wetgeving. Dat zou echter ook betekenen dat het arrest Grimaldi (punt 107 van deze conclusie) deels terzijde wordt geschoven (of, eufemistisch gezegd, aanzienlijk wordt „beperkt in draagwijdte").

[70] Arresten van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punten 14-20); 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punten 54-56); 6 oktober 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, punt 62), en 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 78).

[71] Zie mijn conclusie in de zaak Consorzio Italian Management (C-561/19, punten 47 en 48).

[72] Arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punten 15-17).

124. Anders dan de Commissie zie ik niet in hoe die logica en de twee aangevoerde gronden ook van toepassing zouden zijn op echte zachte wetgevingsmaatregelen.

125. Wat ten eerste het vereiste van *uniformiteit* betreft, klopt het, vanuit een bepaald oogpunt, dat die nationale bevoegde autoriteiten die besluiten om aan de bestreden richtsnoeren te voldoen dit in de hele Unie op dezelfde wijze moeten doen. Met name in artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1093/2010 krijgt de EBA de bevoegdheid om dergelijke richtsnoeren vast te stellen met het oog op „het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht". Het gaat bij de nagestreefde uniformiteit dus in feite niet om uniformiteit binnen de Unie en de interne markt als geheel, maar om uniformiteit in alle afzonderlijke en eerder toevallige normatieve clusters die beperkt is tot de lidstaten waarvan de bevoegde autoriteiten hebben besloten om de richtsnoeren na te leven.

126. Is dit evenwel het soort uniformiteit waar het arrest Foto-Frost op ziet? Moet die uniformiteit ook categorisch verplicht worden gesteld met betrekking tot maatregelen waarvoor die uniformiteit per definitie niet bestaat, zoals het geval is bij maatregelen die louter *kunnen* (in plaats van moeten) worden toegepast? Voor zover het in het bijzonder de richtsnoeren en aanbevelingen van de EBA betreft, blijkt uit artikel 16, lid 3, van verordening nr. 1093/2010 dat de bevoegde nationale autoriteiten kunnen besluiten daar niet aan te voldoen. Indien een nationale rechter zonder medewerking van het Hof besluit om de nationale maatregel waarbij een niet-bindende Uniemaatregel ten uitvoer wordt gelegd, nietig te verklaren, heeft dat bovendien praktisch gezien hetzelfde gevolg als het besluit van de bevoegde autoriteit om niet aan die maatregel te voldoen.

127. Ten tweede is het argument dat is afgeleid van de s*amenhang van het stelsel van rechtsbescherming* en het volledige stelsel van rechtsmiddelen van de Unie wellicht nog intrigerender. In het arrest Foto-Frost heeft het Hof in wezen aangegeven dat de verplichting om ten aanzien van geldigheid prejudiciële vragen te stellen, wordt gerechtvaardigd door het feit dat het Hof ten aanzien van Unierechtelijke handelingen zelf voorziet in een doeltreffende rechterlijke toetsing die vergelijkbaar is met de door nationale rechters gewaarborgde toetsing.

128. Thans is op *horizontaal* niveau de toegang tot toetsing van niet-bindende Unierechtelijke handelingen op grond van artikel 263 VWEU echter eenvoudigweg niet mogelijk, omdat er eerst en vooral geen sprake is van een voor beroep vatbare handeling, wat betekent dat een beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk worden geacht. Op *verticaal* niveau lijkt het feit dat er geen sprake is van gelijkwaardige rechtsbescherming nog duidelijker in het geval van (bepaalde) nationale rechterlijke instanties, zoals de verwijzende rechter in de onderhavige zaak, die met betrekking tot niet-bindende maatregelen daadwerkelijk (enige) effectieve rechterlijke bescherming bieden.[73]

129. Dus als de samenhang ten aanzien van *effectieve* rechterlijke bescherming al iets vereist met betrekking tot niet-bindende Uniehandelingen dan is het precies het omgekeerde: namelijk dat het arrest Foto-Frost niet van toepassing kan zijn op die handelingen. Ik kan slecht de zin inzien van het argument dat *niet-bestaande bescherming* voor het Hof *moet worden gecentraliseerd* omdat de Unierechter geen effectieve bescherming tegen echte zachte wetgevingsmaatregelen biedt.

[73] Zie bijvoorbeeld arresten van de Conseil d'État van 21 maart 2016, Société Fairvesta International GmbH e.a. (nr. 368082), en 21 maart 2016, Société Numéricable (nr. 390023). Zie voor voorbeelden uit andere nationale rechtsstelsels mijn conclusie in de zaak België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2017:959, punten 84 en 85).

130. Indien dat het geval zou zijn, dan zou dat, denk ik, een van de zeldzame gevallen zijn waarin de toepassing van artikel 53 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") een rol zou kunnen gaan spelen. Het lijdt mijns inziens nauwelijks twijfel dat een nationaal rechtsstelsel dat particulieren toegang biedt tot een doeltreffende voorziening in rechte tegen niet-bindende handelingen die hun rechtspositie aantasten, inderdaad een hoog niveau van rechtsbescherming waarborgt, zelfs hoger dan het door het Hof gewaarborgde niveau.

131. Kortom, op grond van de logica en het doel is het arrest Foto-Frost niet van toepassing op niet-bindende Uniemaatregelen. Dit betekent concreet dat een nationale rechter, indien hij daartoe naar nationaal recht bevoegd is, het recht heeft de nationale maatregel tot „inpassing" of „uitvoering" waarmee een zachte wetgevingsmaatregel van de Unie van toepassing is geworden op het nationale grondgebied, nietig mag verklaren, zonder dat hij zich hiervoor eerst met een prejudiciële vraag tot het Hof moet wenden. Evenzo zijn de door het Hof in het arrest Melki en Abdeli[74] genoemde „gronden voor parallel beroep", waarbij een verwijzingsverplichting wordt opgelegd, niet van toepassing op niet-bindende Uniemaatregelen. Dat belet de nationale rechter uiteraard niet om een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen met betrekking tot de uitlegging van een niet-bindend instrument of van de wet waar dat instrument uit voortgekomen is. De logica waarbij in het arrest Foto-Frost de geldigheid centraal wordt gesteld, geldt echter gewoonweg niet voor niet-bindende Uniehandelingen.

132. Een dergelijke conclusie kan radicaal lijken, maar enkel voor degenen die diep vanbinnen iets anders geloven dan wat zij naar buiten brengen. Indien iemand echt de overtuiging heeft dat zachte Uniewetgeving niet bindend is en helemaal geen rechtsgevolgen sorteert, waarom zou de gedachte hem dan verontrusten dat de nationale rechterlijke instanties vrij zijn om te doen wat zij willen met nationale maatregelen ter uitvoering van dergelijke loutere richtsnoeren? Samenhang is hier van groot belang. Iemand gelooft of dat dergelijke maatregelen daadwerkelijk bepaalde gevolgen hebben (maar in dat geval zou toegang tot de Unierechter moeten worden verleend), of hij is van mening dat er helemaal geen rechtsgevolgen zijn. Dan wordt de vraag echter: waarom zou het een probleem zijn als een nationale rechter ze nietig verklaart? Die rechter zou hoogstens iets totaal zinloos doen door iets om het leven te brengen wat altijd al dood was.

133. De enige optie die een probleem oplevert is die welke inhoudt dat een handeling, wat de toegang tot de Unierechter op grond van artikel 263 VWEU betreft, geen enkel bindend rechtsgevolg heeft waardoor er überhaupt geen toegang tot de Unierechter is. Wanneer dezelfde kwestie echter in het kader van artikel 267 VWEU aan de orde wordt gesteld, zou dezelfde handeling zich op miraculeuze wijze oprichten en springlevend zijn, waardoor de Foto-Frost-verplichting wordt geactiveerd. Het zeer verontrustende beeld dat uit die contradictie naar voren komt is dat de aard van een Unierechtelijke handeling zou veranderen afhankelijk van de vraag of het gaat om enerzijds de toegang tot het Hof of anderzijds de verplichtingen van nationale rechterlijke instanties.

[74] In het arrest van 22 juni 2010, Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punten 55 en 56), is een gevolg van de Foto-Frost-verplichting duidelijk uitgewerkt in het betoog dat wanneer bij een nationale rechter de geldigheid van een nationale uitvoeringsmaatregel aanhangig wordt gemaakt die dezelfde elementen betreft als de elementen in de oorspronkelijke Unierechtelijke handeling, die nationale rechter het Hof de gelegenheid moet geven om dezelfde problemen met betrekking tot de oorspronkelijke Unierechtelijke handeling te behandelen door een prejudiciële vraag te stellen over de geldigheid van die Unierechtelijke handeling.

3. Toegang tot het Hof krachtens artikel 267 VWEU en toegang krachtens artikel 263 VWEU: een volledig stelsel van rechtsmiddelen? (eerste deel van vragen 1 en 2)

134. De algemene, structurele vraag die gedeeltelijk naar voren is gekomen in de voorgaande punten van dit onderdeel, is de volgende: in hoeverre kan worden aangevoerd dat een Uniehandeling die niet juridisch bindend is (dus niet vatbaar voor beroep op grond van artikel 263 VWEU) wel op grond van artikel 267 VWEU kan worden getoetst en mogelijk zelfs ongeldig kan worden verklaard? De twee vorige punten, namelijk de kwestie van de TWD-uitzondering en de logica die ten grondslag ligt aan het arrest Foto-Frost, zijn immers gebaseerd op het vermoeden dat er één Unierechtelijk stelsel van rechtsbescherming bestaat dat als geheel zou moeten functioneren.

135. Er is echter ook een aantal argumenten die erop wijzen dat een zekere mate van scheiding tussen deze twee soorten procedures inderdaad mogelijk is, met name wat betreft niet-bindende Unierechtelijke handelingen.

136. Ten eerste bestaat er tekstueel al een duidelijk verschil. Artikel 263, eerste alinea, VWEU beperkt namelijk de werkingssfeer van die bepaling tot handelingen die *rechtsgevolgen* voor derden hebben, waarbij het, zo heeft het Hof in zijn rechtspraak toegevoegd, om *dwingende* rechtsgevolgen moet gaan. Alleen die handelingen zijn vatbaar voor beroep krachtens artikel 263 VWEU.[75] Van een dergelijke beperking is daarentegen geen sprake in de tekst van artikel 267 VWEU en ook niet in de vaste rechtspraak met betrekking tot de werkingssfeer van dat artikel. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft bevestigd in de rechtspraak in lijn met het arrest Grimaldi, verleent artikel 267 VWEU het Hof immers de bevoegdheid om uitspraak te doen over de geldigheid en de uitlegging van de door de instellingen van de Unie verrichte *handelingen, zonder enige uitzondering.*[76]

137. Ten tweede heeft het Hof weliswaar gewezen op de samenhang van het stelsel, maar heeft het ook benadrukt dat er sprake is van een door het Unierecht geboden „volledig stelsel van rechtsmiddelen". Volgens het Hof heeft het Verdrag bij de artikelen 263 en 277 enerzijds en artikel 267 anderzijds een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen om rechterlijk toezicht op de wettigheid van Uniehandelingen te waarborgen, waarbij dat toezicht aan de Unierechter is opgedragen.[77] Sinds het arrest Unión de Pequeños Agricultores/Raad[78] hebben niet-bevoorrechte verzoekers door de „benadering van een volledig stelsel van rechtsmiddelen" zich op grond van artikel 267 VWEU tot het Hof kunnen wenden, wanneer zij dat op grond van artikel 263 VWEU niet konden vanwege de hoge drempel van de voorwaarde rechtstreeks en individueel geraakt te zijn.

138. Met andere woorden, *om volledig te zijn* moeten de individuele procedures *aanvullend* zijn. Dat is de hoeksteen waarop in de afgelopen dertig jaar een groot deel van de rechtspraak op dit gebied is gebouwd, vanaf het moment dat de deur (ten aanzien van rechtstreekse toegang) in het arrest Unión de Pequeños Agricultores (opnieuw) was dichtgegooid. Binnen deze logica zijn de voorwaarden en de toegang krachtens artikelen 263 en 267 VWEU in feite zorgvuldig van elkaar

[75] Zie bijvoorbeeld arresten van 13 oktober 2011, Deutsche Post en Duitsland/Commissie (C-463/10 P en C-475/10 P, EU:C:2011:656, punt 36); 13 februari 2014, Hongarije/Commissie (C-31/13 P, EU:C:2014:70, punt 54); 25 oktober 2017, Roemenië/Commissie (C-599/15 P, EU:C:2017:801, punt 47); 20 februari 2018, België/Commissie (C-16/16 P, EU:C:2018:79, punt 31), en 26 maart 2019, Commissie/Italië (C-621/16 P, ECLI:EU:C:2019:251, punt 44).

[76] Zie de in voetnoot 19 aangehaalde rechtspraak.

[77] Zie bijvoorbeeld arresten van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, EU:C:1986:166, punt 23); 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement en Raad (C-583/11 P, EU:C:2013:625, punt 92); en 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 66).

[78] Arrest van 25 juli 2002 (C-50/00 P, EU:C:2002:462, punt 40).

losgekoppeld: de relatief beperkte toegang op grond van artikel 263 VWEU werd verondersteld te worden aangevuld met een zeer open toegang op grond van artikel 267 VWEU, waarbij de nationale rechters eigenlijk poortwachter worden.

139. In casu is het de Franse regering, maar ook de verwijzende rechter, die de rechtspraak van het Hof op dit punt uitgebreid heeft aangehaald en uitgaat van deze logica om aan te tonen dat een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van niet-bindende Uniehandelingen kan worden voorgelegd wanneer een beroep tot nietigverklaring niet mogelijk is.

140. Ten derde zouden die complementariteit en de daaruit voortvloeiende loskoppeling ook nodig zijn om enige vorm van toegang tot een doeltreffende voorziening in rechte te waarborgen die met artikel 47 van het Handvest in overeenstemming zou kunnen zijn. Het zou immers volstrekt onverenigbaar zijn met de strenge criteria die het Hof onlangs heeft vastgesteld op grond van die bepaling[79] en zelfs op grond van artikel 19 VEU[80], indien Unierechtelijke maatregelen die van invloed zijn op de rechtspositie van een particulier, structureel nooit aan het Hof zouden kunnen worden voorgelegd.

141. Een dergelijke loskoppeling van artikel 263 en 267 VWEU met betrekking tot de toetsing van niet-bindende Uniemaatregelen, is echter niet zonder intellectuele uitdagingen omdat een aantal van die maatregelen een ingewikkelde structuur hebben.

142. In de eerste plaats is het op conceptueel niveau, gelet op de *aard* van niet-bindende Uniehandelingen, moeilijk te begrijpen hoe een verzoek om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van niet-bindende Uniehandelingen kan worden toegelaten, terwijl een beroep tot nietigverklaring niet kan worden toegelaten. Een handeling die door geen enkele verzoeker kan worden aangevochten op grond van artikel 263 VWEU, wordt plots een handeling die door eenieder kan worden aangevochten op grond van artikel 267 VWEU.

143. Het is bovendien vaste rechtspraak dat het prejudiciële verzoek om beoordeling van de geldigheid van een handeling, evenals het beroep tot nietigverklaring, een vorm van wettigheidscontrole van handelingen van de Unie is.[81] Indien wordt geoordeeld dat de betrokken Uniemaatregel onverenigbaar is met het hogere Unierecht, is de uitkomst weliswaar formeel van een iets andere orde (namelijk nietigverklaring op grond van artikel 263 VWEU tegenover ongeldigverklaring op grond van artikel 267 VWEU), maar hebben zij dezelfde rechtsgevolgen die erga omnes en in het algemeen ex tunc gelden: de betrokken Uniehandeling moet als nietig worden beschouwd en is niet meer van toepassing.[82]

144. Derhalve zijn Uniehandelingen al met al (1) ofwel bindend en kunnen zij dus nietig of ongeldig worden verklaard op grond van artikel 263 VWEU *of* artikel 267 VWEU; (2) ofwel zijn zij *niet* bindend en dus *niet* voor beroep vatbaar, waardoor ze al helemaal niet nietig of ongeldig kunnen worden verklaard, *noch* op grond van artikel 263 VWEU *noch* op grond van artikel 267 VWEU.

[79] Zie bijvoorbeeld arresten van 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punten 43-59), en 29 juli 2019, Torubarov (C-556/17, EU:C:2019:626).

[80] Zie bijvoorbeeld arresten van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punten 29-40); 24 juni 2019, Commissie/Polen (Onafhankelijkheid van de Sąd Najwyższy) (C-619/18, EU:C:2019:531), en 19 november 2019, A. K. e.a. (Onafhankelijkheid van de tuchtkamer van de Sąd Najwyższy) (C-585/18, C-624/18 en C-625/18, EU:C:2019:982, punten 82-86).

[81] Zie bijvoorbeeld arrest van 28 maart 2017, Rosneft (C-72/15, EU:C:2017:236, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[82] Zie bijvoorbeeld in die zin arresten van 26 april 1994, Roquette Frères (C-228/92, EU:C:1994:168, punt 17); 5 oktober 2004, Commissie/Griekenland (C-475/01, EU:C:2004:585, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 6 oktober 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650, punt 52).

145. Ten tweede is het niet direct duidelijk, als er om te beginnen al geen handeling is die moet worden getoetst, waarom de logica die aan het „volledige stelsel van rechtsmiddelen" ten grondslag ligt, wel van toepassing zou moeten zijn. De rechtspraak van het Hof in dit verband is in wezen een instrument om het ontbreken van individuele (*subjectieve*) procesbevoegdheid in het kader van de ene procedure (artikel 263 VWEU) te verhelpen door aan te geven dat deze voorwaarde in een andere procedure (artikel 267 VWEU) niet geldt. Daarmee is geprobeerd opnieuw een soort evenwicht tussen bevoorrechte en niet-bevoorrechte verzoekers tot stand te brengen. Het is niet echt een instrument voor het creëren van toegang tot het Hof krachtens artikel 267 VWEU terwijl die toegang krachtens artikel 263 VWEU voor iedereen gesloten is, met inbegrip van bevoorrechte verzoekers.

146. Bovendien zou daarmee het onderscheid – dat aanleiding heeft gegeven tot veel rechtspraak over artikel 263 VWEU, maar dat ontbreekt in artikel 267 VWEU – tussen bevoorrechte en niet-bevoorrechte verzoekers met betrekking tot de toetsing van niet-bindende Uniehandelingen op zijn kop worden gezet. Terwijl enerzijds in de zaak België/Commissie een bevoorrechte verzoeker (een lidstaat) de mogelijkheid was ontzegd om een niet-bindende Uniehandeling aan te vechten met betrekking tot de kwestie dat die Unie niet bevoegd is om een dergelijke handeling vast te stellen[83], zou datzelfde middel anderzijds via artikel 267 VWEU openstaan voor elke individuele verzoeker, zonder dat deze hoeft aan te tonen dat hij rechtstreeks en individueel wordt geraakt.

147. Praktisch gezien zou dat betekenen dat bevoorrechte verzoekers, om een niet-bindende Uniemaatregel te laten toetsen, in dezelfde positie terecht zouden komen als individuele procespartijen of soms zelfs in een slechtere. Een lidstaat zou bijvoorbeeld de uitvoering van een (waarschijnlijk eigen) nationale maatregel indirect voor een nationale rechter moeten aanvechten. Subsidiair, aangezien het onduidelijk is of dat soort beroep volgens de nationale procedureregels überhaupt is toegelaten, zouden de autoriteiten van lidstaten moeten blijven duimen voor het feit dat a) een individuele verzoeker de uitvoeringsmaatregel aanvecht; b) de nationale rechter toestaat dat overheidsinstanties in het hoofdgeding interveniëren; c) die rechter het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing (over de uitlegging of de geldigheid) voorlegt, opdat overheidsinstanties uiteindelijk voor het Hof pleidooi kunnen houden. De toestand zou nog intrigerender worden ten aanzien van een ander soort bevoorrechte verzoeker, namelijk instellingen van de Unie.

148. In de derde en laatste plaats bestaat er ook een ander, vrij pragmatisch argument over waarom het weinig zin heeft om te pleiten voor een ruime toegang tot rechterlijke toetsing van niet-bindende handelingen op grond van artikel 267 VWEU, terwijl de toegang op grond van artikel 263 VWEU feitelijk gesloten blijft: een praktische verdeling van de taken binnen het Hof. Dit argument geldt niet specifiek voor zachte wetgeving, maar meer in het algemeen voor het justitiële beleid van de laatste dertig jaar, waarbij – over de gehele linie – de toegang krachtens artikel 263 VWEU werd beperkt, terwijl krachtens artikel 267 VWEU vrije toegang werd toegestaan.[84] Het gevolg van dit justitiële beleid is dat vraagstukken die anders zouden zijn behandeld op het niveau van het justitiële systeem waar op dit moment zowel de relevante deskundigheid als de justitiële capaciteit beschikbaar is, namelijk het Gerecht, in plaats daarvan rechtstreeks bij het Hof zijn aangebracht door middel van verzoeken om een prejudiciële beslissing.

[83] Zie met name het eerste middel (arrest van 20 februari 2018, België/Commissie, C-16/16 P, EU:C:2018:79, punt 39).

[84] Zie in het algemeen mijn conclusie van 16 juli 2020, Brussels Hoofdstedelijk Gewest/Commissie (C-352/19 P, ECLI:EU:C:2020:588, punt 142).

4. Conclusie (structureel) onbevredigend (maar noodzakelijk)

149. De arresten Grimaldi, Foto-Frost, en België/Commissie. Ik vind het nogal lastig, of beter gezegd onmogelijk, om deze arresten alle drie tegelijk toe te passen in de context van een zaak als de onderhavige. De vraag hoe de drie arresten met betrekking tot niet-bindende Uniemaatregelen met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht, doet denken aan een partij schaak in een patstelling, waarbij, ongeacht de zet waartoe wordt besloten, het resultaat altijd is dat ten minste één stuk verloren gaat.

150. In mijn ogen is het overduidelijk welke van de drie moet worden herzien. Dat kan echter niet via een prejudiciële beslissing worden gedaan. Naar mijn mening dient het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing er enkel en alleen toe om als een zeer nuttig voorbeeld te benadrukken wat er zal gebeuren indien het Hof blijft steken in decennia-oude dichotomieën dat het recht ofwel 100 % bindend is, ofwel niet-bestaat. Uiteindelijk kan iemand anders zich verplicht voelen om in te grijpen en te zorgen voor de noodzakelijke rechtsbescherming die het Hof op grond van artikel 263 VWEU niet wil bieden.

151. Met betrekking tot de specifieke uitkomst in het onderhavige geval beschikt het Hof evenwel, althans in theorie, over drie mogelijkheden.

152. Ten eerste kan het Hof het vereiste dat er sprake is van een juridisch bindende Unierechtelijke handeling (dat wil zeggen een voor beroep vatbare handeling) allereerst vanuit artikel 263 VWEU overzetten naar de mogelijkheid om een prejudiciële vraag over de geldigheid op grond van artikel 267 VWEU te stellen. In een dergelijk geval zou het Hof echter voorbijgaan aan de formulering van artikel 267, eerste alinea, VWEU, het arrest Grimaldi herzien en het arrest Foto-Frost op dergelijke handelingen duidelijk niet van toepassing verklaren. Daarnaast valt er iets te zeggen voor de eis van „coherentie" van rechtsmiddelen, waardoor er in het belang van die coherentie helemaal geen rechtsmiddel meer is. Formeel gezien is het in zekere zin inderdaad coherent om iedereen even slecht te behandelen.

153. Ten tweede zou het Hof de derde vraag van de verwijzende rechter kunnen herformuleren als een vraag die in wezen gaat over de uitlegging van de rechtsgrondslag van de bestreden richtsnoeren en niet over de geldigheid ervan.[85] Dat zou neerkomen op een gedeeltelijke herziening van het arrest Grimaldi, tenzij het misschien als „verduidelijking" van dat arrest kan worden verkocht: toen in het arrest Grimaldi en in de daarop volgende rechtspraak blijvend werd vastgehouden aan de mogelijkheid om geldigheidsvragen voor te leggen met betrekking tot „alle handelingen van de Unie, zonder enige uitzondering", is dit altijd aldus opgevat dat daarmee eigenlijk werd bedoeld „alle *juridisch bindende* Unierechtelijke handelingen, zonder enige uitzondering"[86]. Het arrest Foto-Frost zou op dergelijke handelingen dus ook niet van toepassing zijn.

154. Indien het Hof zou vaststellen dat de EBA haar bevoegdheid heeft overschreden, zou het de bestreden richtsnoeren ten derde natuurlijk ongeldig kunnen verklaren. Dit zou erop neerkomen dat Grimaldi wordt bevestigd en toegepast, maar indirect ook dat het arrest België/Commissie wordt herzien. Formeel zouden dat laatste precedent en de eerdere in steen gebeitelde vaste

[85] Zoals ik hierboven heb aangevoerd (punten 102-108 van deze conclusie), zou het Hof kunnen vasthouden aan het formele feit dat op basis van de exacte bewoording van vraag 3 van de verwijzende rechter die vraag als een uitleggingsvraag zou kunnen worden opgevat. Dit houdt echter ook in dat moet worden aanvaard dat het aan de nationale rechter staat om uiteindelijk conclusies te verbinden aan de vaststelling dat een orgaan van de Unie zijn bevoegdheid heeft overschreden.

[86] Maar zie opnieuw het arrest van 25 maart 2021, Balgarska Narodna Banka (C-501/18, EU:C:2021:249, punt 83).

rechtspraak van het Hof met betrekking tot de aard van een voor beroep vatbare handeling op grond van artikel 263 VWEU, uiteraard in stand kunnen blijven. Ik vraag mij evenwel af, om alle in het voorafgaande onderdeel uiteengezette redenen met betrekking tot de omvang van de mogelijke discrepantie tussen de artikelen 263 en 267 VWEU,[87] hoe lang dat onderscheid redelijkerwijs in stand kan worden gehouden.

155. Zelfs in weerwil van al deze punten blijft, *zolang* er geen daadwerkelijke rechtsbescherming is tegen mogelijk negatieve rechtsgevolgen van niet-bindende Uniehandelingen op grond van artikel 263 VWEU, het indienen van een verzoek om een prejudiciële beslissing over geldigheid op grond van artikel 267 VWEU dus de enige manier waarop het Hof kan waarborgen dat er, wat dergelijke handelingen betreft, ten minste iets is dat lijkt op een volledig stelsel van rechtsmiddelen waarin het Unierecht voorziet. Qua daadwerkelijke rechterlijke bescherming is dit immers de structureel onbevredigende, doch enig mogelijke, conclusie.

V. Conclusie

156. Ik geef het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Conseil d'État (hoogste bestuursrechter, Frankrijk) te beantwoorden als volgt:

„– Op grond van artikel 267 VWEU kan een verzoek om een prejudiciële beslissing worden ingediend over de beoordeling van de geldigheid van niet-bindende Uniehandelingen, zoals de door de Europese Bankautoriteit op 22 maart 2016 vastgestelde richtsnoeren inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken;

– Artikel 267 VWEU verzet zich er niet tegen dat een beroepsorganisatie krachtens het nationale recht overeenkomstig de regels inzake procesbevoegdheid bij een nationale rechterlijke instantie een exceptie van onwettigheid opwerpt tegen richtsnoeren die zijn bedoeld voor de leden wier belangen zij behartigt en die haar mogelijk niet rechtstreeks en individueel raken;

– Het voorwerp en de inhoud van de door de Europese Bankautoriteit op 22 maart 2016 vastgestelde richtsnoeren inzake producttoezicht- en -governanceregelingen voor retailbanken vallen niet onder de wetgevingshandelingen bedoeld in artikel 1, lid 2, van verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van besluit 716/2009/EG en tot intrekking van besluit 2009/78/EG van de Commissie. Die richtsnoeren zijn derhalve ongeldig."

[87] Zie hierboven punten 135-148 van deze conclusie.