FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 24 juni 2010 [1]

1. Förenade kungariket har yrkat att domstolen ska ogiltigförklara rådets beslut 2008/633/RIF av den 23 juni 2008 om åtkomst till informationssystemet för viseringar (VIS) för sökningar för medlemsstaternas utsedda myndigheter och för Europol i syfte att förhindra, upptäcka och utreda terroristbrott och andra grova brott [2] (nedan även kallat det angripna beslutet).

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Schengenavtalen*

2. Förenade kungariket tilläts inte delta i antagandet av det angripna beslutet, på grund av att nämnda beslut ansågs utgöra en utveckling av ett område som införts genom Schengenavtalen (nämligen viseringsområdet) i vilket nämnda medlemsstat inte deltar. Förenade kungariket har dock hävdat att det angripna beslutet utgör en åtgärd som kan hänföras till området för polissamarbete, och inte till viseringsområdet.

3. Som bekant ingicks de första Schengenavtalen år 1985 av Frankrike, Tyskland, Belgien, Luxemburg och Nederländerna i syfte att skapa ett område (det så kallade Schengenområdet) utan inre gränser. Andra medlemsstater anslöt sig därefter till avtalen och år 1997 inkorporerades det relevanta regelverket i Europeiska unionen genom Amsterdamfördraget. Detta skedde genom ett protokoll som fogades till fördraget [3] (nedan kallat Schengenprotokollet), vilket möjliggjorde inrättandet av ett närmare samarbete på detta område.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EUT L 218, s. 129.

3 — Protokoll (nr 2) om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar. Genom ikraftträdandet av Lissabonfördraget har Schengenprotokollet, som numera har nr 19, ändrats något. I förevarande mål ska det dock hänvisas till den föregående versionen av protokollet.

4. I artikel 4 i Schengenprotokollet föreskrivs följande:

”Irland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, som inte är bundna av Schengenregelverket, får när som helst begära att vissa eller samtliga bestämmelser i detta regelverk skall tillämpas på dem.

Rådets beslut i anledning av en sådan begäran skall fattas med enhällighet bland de medlemmar som avses i artikel 1 och företrädaren för regeringen i den berörda staten.”

5. I enlighet med vad som föreskrivs i Schengenprotokollet begärde Förenade kungariket att få delta i vissa delar av Schengenregelverket, vilket också skedde. Genom beslut 2000/365/EG [4] fastställde rådet de områden som nämnda medlemsstat deltar i. Det är utrett, och har inte bestritts i förevarande mål, att Förenade kungariket inte deltar i viseringssamarbetet inom ramen för Schengenregelverket. [5]

B — *Informationssystemet för viseringar*

6. Informationssystemet för viseringar (nedan även kallat VIS) inrättades genom beslut 2004/512/EG [6] i syfte att införa ett gemensamt system för medlemsstaterna i fråga om viseringar, som särskilt ska göra det möjligt för behöriga nationella myndigheter att få tillgång till en databas på detta område.

7. Beslut 2004/512/EG antogs med artikel 66 EG [7] som rättslig grund. I nämnda artikel, vilken ingår i avdelning IV i tredje delen av fördraget, föreskrivs att ”[r]ådet skall ... vidta åtgärder för att säkerställa samarbete mellan de relevanta enheterna i medlemsstaternas förvaltningar inom de områden som omfattas av denna avdelning samt mellan dessa enheter och kommissionen”. De områden som regleras av den aktuella avdelningen definieras som ”visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer”.

8. Skäl 11 i beslut 2004/512/EG har följande lydelse:

”Detta beslut utgör en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket i vilka Förenade kungariket inte deltar i enlighet med rådets

4 — Rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 om en begäran från Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket (EGT L 131, s. 43).

5 — Som Förenade kungariket har påpekat i sina skriftliga yttranden deltar Förenade kungariket till stor del i Schengenregelverket inom områdena för polis och säkerhet, medan nämnda medlemsstat inte deltar i allt det som rör avskaffandet av inre gränser och fri rörlighet för personer.

6 — Rådets beslut 2004/512/EG av den 8 juni 2004 om inrättande av Informationssystemet för viseringar (VIS) (EUT L 213, s. 5).

7 — Vilken numera motsvaras av artikel 74 FEUF.

beslut 2000/365/EG ... Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av detta beslut, som inte är bindande för eller tillämpligt i Förenade kungariket."

9. Beslut 2004/512/EG följdes därefter av förordning nr 767/2008 [8] för att tillhandahålla detaljerade regler för VIS. Även den förordningen har avdelning IV i den tredje delen av EG-fördraget som rättslig grund. Som anges i skäl 29 i nämnda förordning deltog inte Förenade kungariket i antagandet av förordningen, som inte är bindande för Förenade kungariket.

C — *Det angripna beslutet*

10. Det angripna beslutet har till syfte att ge Europol och de myndigheter i medlemsstaterna som är behöriga att förhindra och utreda vissa särskilt grova brott åtkomst till VIS, under vissa särskilda omständigheter. Eftersom VIS i sig inte fyller någon funktion som är knuten till förebyggandet och beivrandet av brott, har denna särskilda åtkomst utformats som ett undantag i det angripna beslutet. Det rör sig om en åtkomst "till sökningar", såsom anges i artikel 1, vilken dessutom är begränsad till de fall där sökningarna har till syfte att förhindra eller beivra terroristbrott och andra grova brott.

11. Artiklarna 30.1 b EU och 34.2 c EU utgör rättslig grund för det angripna beslutet. [9]

12. I det angripna beslutets skäl anges följande:

"1 … Inrättandet av VIS utgör ett av de centrala initiativen i Europeiska unionens politik för att inrätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. VIS ska ha till syfte att förbättra genomförandet av den gemensamma viseringspolitiken och bör även bidra till inre säkerhet och till kampen mot terrorism under klart fastställda och kontrollerade förhållanden.

…

8 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 767/2008 av den 9 juli 2008 om informationssystemet för viseringar (VIS) och utbytet mellan medlemsstaterna av uppgifter om viseringar för kortare vistelse (VIS-förordningen) (EUT L 218, s. 60).

9 — Genom ikraftträdandet av Lissabonfördraget har dessa bestämmelser upphävts och området för polissamarbete har flyttats över till FEUF, där det i dag delar samma avdelning (avdelning V i den tredje delen) som de bestämmelser som ligger till grund för det närmare samarbetet i fråga om viseringar. Denna nya placering skapar intressanta möjligheter, vilka även åberopades under förhandlingen: rådet hävdade att om det angripna beslutet hade antagits i dag, skulle en annan rättslig grund ha kunnat tillämpas. Dessa påpekanden saknar dock betydelse för avgörandet av förevarande tvist.

5 Detta beslut kompletterar Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 767/2008 ... i den mån den ger en rättslig grund, i enlighet med avdelning VI i fördraget om Europeiska unionen, och tillåter utsedda myndigheter och Europol att få åtkomst till VIS.

6 … Det är väsentligt att se till att vederbörligen bemyndigad personal med rätt att få åtkomst till VIS begränsas till dem som 'har behov av att veta' och har lämplig kunskap om datasäkerhets- och dataskyddsbestämmelser.

…

13 Detta beslut utgör en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket i vilka Förenade kungariket inte deltar i enlighet med rådets beslut 2000/365/EG ... Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av detta beslut, som inte är bindande för eller tillämpligt i Förenade kungariket.

…

15 Information i VIS kan dock i enlighet med rambeslut 2006/960/RIF ... tillhandahållas Förenade kungariket och Irland av medlemsstaternas behöriga myndigheter, vilkas utsedda myndigheter har åtkomst till VIS i enlighet med detta beslut. Information inom Förenade kungarikets och Irlands nationella viseringsregister kan tillhandahållas andra medlemsstaters behöriga brottsbekämpande myndigheter. För varje form av direkt åtkomst till VIS för Förenade kungarikets och Irlands centrala myndigheter krävs det i enlighet med dessa länders nuvarande ställning i fråga om deltagande i Schengenregelverket ett avtal mellan gemenskapen och dessa medlemsstater, vilket eventuellt kan kompletteras med andra regler rörande villkoren och förfarandena för åtkomsten.

…"

II — Förfarandet vid domstolen

13. Förenade kungariket har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 10 november 2008, yrkat att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras, på grund av att nämnda medlemsstat uteslöts från att delta i antagandet av beslutet.

14. Rådet har, med stöd av kommissionen, yrkat att talan ska ogillas.

15. Parterna hördes vid förhandlingen den 14 april 2010. Vid förhandlingen yttrade sig Konungariket Spanien till stöd för rådets yrkanden.

III — Inledande överväganden

16. Innan jag i detalj prövar parternas argument och bedömer huruvida det finns fog för dessa är det inledningsvis nödvändigt att noggrant fastställa föremålet för tvisten. Det finns nämligen några omständigheter som, även om de diskuterades under förfarandet, inte är tvistiga mellan parterna.

17. För det första är det ostridigt att Förenade kungariket inte deltar i den del av Schengenregelverket som avser viseringar, vilken särskilt omfattar VIS.

18. För det andra är samtliga parter eniga om att den rättsliga grund som användes för att anta det angripna beslutet (nämligen, såsom har framgått ovan, artiklarna 30 EU och 34 EU) är riktig.

19. Den enda aspekt, ur rättslig synvinkel, som parterna är oeniga om, och som följaktligen måste klargöras av domstolen, är huruvida det är korrekt att kvalificera det angripna beslutet som en rättsakt som utvecklar Schengenregelverket i fråga om viseringar.

IV — Parternas argument

A — *Förenade kungarikets ståndpunkt*

20. Förenade kungariket har yrkat att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras enligt artikel 35.6 EU på grund av att väsentliga formföreskrifter och/eller fördraget har åsidosatts. Förenade kungarikets huvudargument är att det angripna beslutet inte utgör en utveckling av den gemensamma viseringspolitiken, utan en åtgärd som avser polissamarbete, vilket bland annat bekräftas av den rättsliga grund som rådet använde för att anta beslutet.

21. Förenade kungariket har medgett att om det angripna beslutet skulle kvalificeras som en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar, hade denna medlemsstat enligt domstolens praxis inte någon rätt

att delta i antagandet av beslutet. Att så är fallet ska dock anses uteslutet och Förenade kungariket, vilket deltar i polissamarbetet, borde därför ha tillåtits att delta i antagandet av rättsakten.

22. I det ursprungliga förslaget till beslut medgav kommissionen själv, enligt Förenade kungariket, att denna medlemsstat har rätt att delta i mekanismen för åtkomst till VIS av skäl som hänger samman med förebyggande och bekämpning av terrorism och andra grova brott.

23. Såsom anges i domstolens praxis är det vid fastställandet av till vilken del av Schengensamarbetet det angripna beslutet ska hänföras nödvändigt att beakta beslutets syfte och innehåll. Varken det angripna beslutets syfte eller innehåll har dock något att göra med viseringspolitiken, eftersom rättsaktens enda syfte är att möjliggöra en effektivare kamp mot vissa former av brottslighet.

24. Enligt Förenade kungarikets regering är rådets val att betrakta det angripna beslutet som en utveckling av Schengensamarbetet i fråga om viseringar i grund och botten motsägelsefullt: rådet kunde nämligen inte använda artiklarna i avdelning VI i EU-fördraget, vilka hänvisar till polissamarbete, som rättslig grund och samtidigt kvalificera åtgärden, med avseende på antagandet, som en åtgärd med anknytning till viseringspolitiken. Om det angripna beslutet verkligen kunde hänföras till viseringsområdet, borde dess rättsliga grund ha fastställts inom ramen för avdelning IV i den tredje delen av EG-fördraget.

25. Förenade kungariket har slutligen medgett att det, om dess ståndpunkt eventuellt godtogs, skulle kunna uppstå problem vad gäller Islands, Norges och Schweiz deltagande i det system som inrättats genom det angripna beslutet. Dessa länder deltar nämligen i Schengensamarbetet i fråga om viseringar, men deltar inte i polissamarbetet. Förenade kungariket har dock påpekat att de eventuella konsekvenserna för tredjeland av det angripna beslutets rättsliga kvalificering inte kan ändra det faktum att denna kvalificering med nödvändighet är objektiv. Vidare har nämnda medlemsstat uppgett sig vara helt och hållet välvilligt inställd till och öppen för att försöka hitta en lösning som under alla omständigheter gör det möjligt för dessa tredjeländer att delta i systemet.

B — *Rådets ståndpunkt*

26. Rådet har bestritt Förenade kungarikets samtliga argument.

27. Inledningsvis har rådet påpekat att Förenade kungariket, på grundval av det

regelverk som för närvarande är i kraft, redan har möjlighet att få åtkomst till uppgifter som finns i VIS, med stöd av rambeslut 2006/960/RIF [10]: den enda skillnaden är att i det nuvarande systemet är denna åtkomst indirekt, medan Förenade kungariket vill få direkt åtkomst genom att delta i det angripna beslutet.

28. Rådet har bestritt Förenade kungarikets argument att tillvägagångssättet för att anta det angripna beslutet var motsägelsefullt. Rådet anser nämligen att det förhållandet att den rättsliga grunden för åtgärden finns i avdelning VI EU, i stället för i avdelning IV EG, inte har någon betydelse vid fastställandet av huruvida det angripna beslutet utgör en utveckling av Schengenregelverket inom ramen för viseringspolitiken. Det finns nämligen inte någon bestämmelse som kräver att det finns ett samband mellan valet av rättslig grund och det område av Schengenregelverket till vilket en viss åtgärd kan hänföras.

29. Syftet med det angripna beslutet är just att komplettera VIS- reglerna med vissa särskilda bestämmelser vad gäller åtkomsten till viseringsdatabasen i syfte att förhindra och bekämpa brott. Valet av rättslig grund var följaktligen riktigt, eftersom det i artikel 30.1 b EU föreskrivs ett samarbete som ska omfatta ”insamling, lagring, bearbetning, analys och utbyte av relevant information ... i synnerhet genom Europol”.

30. Rådet har ifrågasatt det synsätt som Förenade kungariket har föreslagit, enligt vilket de enda kriterierna för att kontrollera tillhörigheten till en viss del av Schengenregelverket är innehållet i och syftet med den bestämmelse som ska klassificeras. Domstolens praxis på området kräver inte ett sådant enhetligt synsätt. Enligt rådet är det i stället nödvändigt att, utöver rättsaktens innehåll och syfte, även beakta kriteriet om Schengenregelverkets koherens. Detta kriterium har framhållits exempelvis i beslut 2000/365/EG.

31. Enligt rådet hör det angripna beslutet samman med VIS-förordningen både i funktionellt och i materiellt hänseende. Det faktum att det angripna beslutets rättsliga grund är en annan än den rättsliga grunden för VIS-förordningen påverkar inte på något sätt möjligheten att betrakta den aktuella åtgärden som en utveckling och komplettering av VIS-förordningen. Rådet har medgett att det angripna beslutet, betraktat för sig, inte skulle kunna anses höra samman med Schengenavtalen. Det som är av relevans är dock det faktum att beslutet har ett objektivt samband med bestämmelserna rörande VIS.

10 — Rådets rambeslut 2006/960/RIF av den 18 december 2006 om förenklat informations- och underrättelseutbyte mellan de brottsbekämpande myndigheterna i Europeiska unionens medlemsstater (EUT L 386, s. 89).

Det ska dessutom hållas i minnet att VIS inte är ett system med två olika syften, det vill säga att dels bedriva viseringspolitik, dels förhindra och beivra brottslig verksamhet, vilket Förenade kungariket tycks vilja ge intrycket av. Rådet har framhållit att VIS har ett enda huvudsakligt syfte, nämligen att möjliggöra ett utbyte av information om viseringar för inresa mellan de nationella myndigheter som handhar invandring och kontroll av inresor: möjligheten att få åtkomst till detta system för polisiära syften måste anses vara helt sekundärt och underordnat i förhållande till huvudsyftet. Rådet har för övrigt påpekat att det är betecknande att åtkomsten för polisiära syften endast avser åtkomst för läsning, utan någon möjlighet att införa eller ändra uppgifter i VIS.

32. Rådet har även påpekat att om Förenade kungarikets ståndpunkt godtogs skulle Island, Norge och Schweiz inte omfattas av beslutets tillämpningsområde. Det skulle leda till det paradoxala resultatet att dessa tredjeländer inte kan få åtkomst till VIS i syfte att förhindra och beivra brott, trots att de till fullo deltar i förvaltningen och användningen av VIS. Ur det perspektivet skulle dessa stater missgynnas jämfört med de stater (Förenade kungariket och Irland) som inte deltar i VIS.

C — Kommissionens och Konungariket Spaniens ståndpunkter

33. Kommissionen har intervenerat i målet till stöd för rådets yrkanden och har anslutit sig till rådets argument. Kommissionen har särskilt insisterat på principen om Schengenregelverkets koherens och att VIS inte kan anses utgöra ett system med två syften.

34. Vad beträffar kommissionens ursprungliga förslag som senare ledde till antagandet av det angripna beslutet har kommissionen angett att möjligheten att beslutet skulle tillämpas i sin helhet på Förenade kungariket inte behandlades i nämnda förslag. I förslaget föreskrevs nämligen endast en indirekt åtkomst för Förenade kungariket och Irland.

35. Konungariket Spanien har endast yttrat sig muntligen och har därvid hävdat att rådets ståndpunkt är korrekt. I synnerhet anser nämnda medlemsstat att även om man undersökte det angripna beslutet endast på grundval av kriterierna innehåll och syfte, skulle beslutet ändå kunna anses utgöra en utveckling av Schengenregelverket på viseringsområdet. Det angripna beslutets innehåll och syfte avser nämligen endast vissa former av åtkomst till en databas som hör till en del av det närmare Schengensamarbetet som Förenade kungariket, enligt en allmän uppfattning, inte deltar i.

V — Bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

1. Förenade kungarikets yrkande

36. Förenade kungariket har formulerat sitt yrkande vid domstolen på ett ovanligt sätt. Nämnda medlemsstat har yrkat dels att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras, dels att domstolen ska besluta att bestämmelserna i beslutet ska fortsätta att gälla, med undantag för de bestämmelser enligt vilka Förenade kungariket utesluts från att delta i den mekanism för åtkomst till VIS som föreskrivs i beslutet.

37. Ur formell synvinkel kan den andra delen av Förenade kungarikets yrkande antagligen uppfattas som en begäran, enligt artikel 231 EG, om att låta vissa rättsverkningar av det angripna beslutet bestå till dess att lagstiftaren vidtar nya åtgärder.

38. Vid förhandlingen hävdade Förenade kungariket att dess yrkande om att vissa av beslutets rättsverkningar ska fortsätta att gälla i själva verket ska förstås som att det avser hela det angripna beslutet. En sådan fortsatt giltighet skulle således endast ha till syfte att möjliggöra upprätthållandet av det befintliga systemet, utan några ändringar, till dess att rådet antar ett nytt beslut.

39. Jag vill påpeka att det föreligger en viss inkonsekvens mellan vad Förenade kungariket yrkade i sin ansökan (se särskilt punkt 116 b) och vad nämnda medlemsstat gjorde gällande vid förhandlingen. I ansökan är nämligen yrkandet om att bestämmelserna i det angripna beslutet ska fortsätta att gälla uttryckligen begränsat till de delar av beslutet där Förenade kungariket inte utesluts från åtkomst till VIS för polisiära syften, vilket gör att nämnda medlemsstat faktiskt tycks yrka, interimistiskt, att den omedelbart ska få åtkomst till denna databas. Vid förhandlingen medgav däremot Förenade kungariket, såsom har framgått, att även vid en ogiltigförklaring av det angripna beslutet kan dess polismyndigheter få direkt åtkomst till viseringsdatabasen först efter vidtagandet av en ny åtgärd.

40. Frågan förefaller dock enligt min mening vara av relativt underordnad betydelse. De nödvändiga objektiva rekvisiten för att ogiltigförklara delar av det angripna beslutet föreligger nämligen inte. Följaktligen är inte heller rekvisitet för att tillfälligt låta vissa delar av beslutet förbli gällande uppfyllda.

41. Enligt domstolens fasta praxis är en ogiltigförklaring av en del av en rättsakt endast möjlig i den mån ogiltigförklaringen avser en del som ”kan avskiljas” från rättsakten och

under förutsättning att en ogiltigförklaring av en del av rättsakten inte ändrar rättsaktens kärninnehåll. [11]

42. I detta fall avser däremot de av Förenade kungariket påtalade bristerna inte bara en specifik del av det angripna beslutet, utan avser i stället beslutet i sin helhet. Valet huruvida vissa medlemsstater ska få delta i antagandet av en rättsakt utgör naturligtvis inte en del av rättsakten som lätt kan avskiljas från rättsakten i övrigt. Det är nämligen uppenbart att om det skulle anses att Förenade kungariket och Irland hade rätt att delta i antagandet av den angripna rättsakten, hade dessa medlemsstater rätt/skyldighet att yttra sig och rösta angående åtgärden i sin helhet. Som rådet påpekade i sina skriftliga yttranden skulle en eventuell rättsstridighet av denna typ medföra att hela det angripna beslutet måste omprövas. Med andra ord skulle unionslagstiftaren så att säga behöva börja om igen från början.

43. Om Förenade kungarikets argument godtogs skulle domstolen följaktligen endast kunna ogiltigförklara hela det angripna beslutet.

11 — Dom av den 11 december 2008 i mål C-295/07 P, kommissionen mot Département du Loiret (REG 2008, s. I-9363), punkterna 105 och 106 och där angiven rättspraxis.

2. Kommissionens ursprungliga förslag

44. Som framgått ovan har Förenade kungariket hävdat att det i kommissionens ursprungliga förslag till det angripna beslutet föreskrevs en möjlighet för polismyndigheterna i Förenade kungariket att få tillgång till information. Enligt nämnda medlemsstat visar detta att dess ståndpunkt är korrekt, eftersom det bekräftar att det angripna beslutet inte kan anses utgöra en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar.

45. I det avseendet vill jag först och främst påpeka att det är uppenbart att en granskning av kommissionens ursprungliga förslag saknar relevans för att fastställa huruvida det angripna beslutet eventuellt är rättsstridigt, även om det vid en sådan granskning kan framkomma omständigheter som är användbara för att klargöra de särskilda omständigheterna i detta fall.

46. Den viktigaste omständighet som ska noteras är dock en annan. Utgångspunkten i kommissionens förslag var en helt annan, jämfört med det angripna beslutet. Utöver att föreskriva en direkt åtkomst till VIS för polismyndigheterna i Schengenstaterna föreskrevs det nämligen i förslaget även att de respektive databaserna skulle samutnyttjas av de stater som deltar i VIS, å ena sidan, och av de medlemsstater som inte deltar i VIS (Förenade kungariket och Irland), å andra sidan. Det är följaktligen helt logiskt att detta förslag utgick från förutsättningen att även Förenade kungariket skulle delta i antagandet av

förslaget, eftersom nämnda medlemsstat i sin tur skulle ha varit skyldig att ge åtkomst till sin egen viseringsdatabas.

47. Det ska för övrigt noteras att det inte heller i kommissionens ursprungliga förslag föreskrevs någon möjlighet för de medlemsstater som inte deltar i VIS att få direkt åtkomst till denna databas: i artikel 6 i förslaget föreskrevs nämligen en mekanism för indirekt åtkomst, baserad på en begäran via myndigheterna i en av de stater som deltar i VIS.

48. Det angripna beslutet utgör så att säga en sänkning av den ursprungliga ambitionsnivån i kommissionens förslag: det angripna beslutet utgör nämligen en åtgärd som endast rör åtkomsten till VIS vid utredning och brottsbekämpning, och det innehåller inte någon bestämmelse om utbyte av uppgifter mellan de stater som deltar och de stater som inte deltar i VIS.

49. Sammanfattningsvis anser jag att det vid en granskning av kommissionens ursprungliga förslag inte framkommer någon omständighet som är avgörande för bedömningen av det angripna beslutets lagenlighet.

B — *Kvalificeringen av det angripna beslutet*

50. Den frågeställning som domstolen ska ta ställning till i förevarande mål består enbart i att fastställa huruvida det angripna beslutet kan anses utgöra en rättsakt som utvecklar Schengenregelverket i fråga om viseringar.

51. Parterna är eniga om att vid ett jakande svar var det korrekt att utesluta Förenade kungariket från antagandet av det angripna beslutet. I domstolens praxis har det nämligen entydigt slagits fast att deltagandet i beslut om en åtgärd som är hänförlig till en del av Schengenregelverket är förbehållet de medlemsstater som deltar i denna del. Detta slogs fast i två domar, som båda avkunnades den 18 december 2007, i mål där Förenade kungariket och rådet likaså var parter. [12]

52. I dessa domar använde domstolen, för att fastställa huruvida en åtgärd hade anknytning till Schengenregelverket, *analogt* de kriterier som är tillämpliga vid valet av rättslig grund för en unionsrättsakt. Domstolen slog särskilt fast att ”kvalificeringen av en gemenskapsrättsakt som förslag eller initiativ som grundar sig på Schengenregelverket ... [ska] ske utifrån objektiva kriterier, som kan bli föremål för domstolsprövning. Bland dessa

12 — Dom av den 18 december 2007 i mål C-77/05, Förenade kungariket mot rådet (REG 2007, s. I-11459), punkt 62, och i mål C-137/05, Förenade kungariket mot rådet (REG 2007, s. I-11593), punkt 50.

kriterier ingår bland annat rättsaktens syfte och innehåll”.[13]

53. I förevarande mål skulle Förenade kungariket antagligen få till stånd den begärda ogiltigförklaringen om det var så att man endast skulle beakta det angripna beslutets syfte. Som även framgår av rådets val av rättslig grund (vilken, såsom redan har påpekats, består av bestämmelserna i avdelning VI i FEU) syftar nämligen beslutet till att förverkliga ett mål som utan tvekan är typiskt för de rättsakter som avser polissamarbete. Rådet har självt medgett att så är fallet.

54. Resonemanget vad beträffar rättsaktens innehåll är däremot ett annat, och i viss mån mindre klart. Man skulle kunna hävda att även det kriterium som hänvisar till åtgärdens innehåll talar för att det angripna beslutet ska kvalificeras som en åtgärd som går att hänföra till avdelning VI i FEU, eftersom innehållet i det angripna beslutet består av en rad bestämmelser som ger åtkomst till VIS för polisiära syften.

55. Det ska dock påpekas att det angripna beslutet konkret inte avser utbyte av personuppgifter för polisiära syften *generellt*.[14] tvärtom föreskrivs det i beslutet hur man ska gå till väga för att, i undantagsfall och då särskilda omständigheter föreligger, i polisiära syften ge åtkomst till en databas (VIS) som inte har utformats för sådana ändamål. Samtliga parter är eniga om att den vanliga och mest utbredda användningen av VIS hänger samman med kontrollen av gränser och inresor, och inte för att förhindra eller beivra brottslig verksamhet. Med andra ord har lagstiftaren valt att utforma det angripna beslutet som enbart en *åtgärd för förvaltningen av VIS*, vilken gör det möjligt att i vissa fall använda detta system för andra syften än de för vilka systemet normalt används.

56. Följaktligen består det angripna beslutets innehåll snarare av en rad åtgärder som avser förvaltningen av VIS, det vill säga en databas för viseringar som har skapats med stöd av avdelning IV i EG-fördraget och som utgör en del av det närmare Schengensamarbete som Förenade kungariket inte deltar i, än av en rad bestämmelser som syftar till att genomföra ett samarbete på polisområdet.

57. En analog tillämpning av de kriterier som kan användas för att fastställa den rättsliga

13 — Domen i mål C-77/05, Förenade kungariket mot rådet (ovan fotnot 12), punkt 77. Domstolen hänvisade till vissa ”klassiska” domar vad gäller valet av rättslig grund: dom av den 11 juni 1991 i mål C-300/89, kommissionen mot rådet, kallat Titandioxid (REG 1991, s. I-2867; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-199), punkt 10, av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet (REG 2005, s. I-7879), punkt 45, och av den 23 oktober 2007 i mål C-440/05, kommissionen mot rådet (REG 2007, s. I-9097), punkt 61.

14 — Som framgått fanns det redan ett system med ett sådant syfte, vilket infördes genom beslut 2006/960/RIF (se ovan fotnot 10): enligt detta system är dock, som redan har påpekats, tillgången till information indirekt, och inte direkt, vilket den däremot är i det angripna beslutet.

grunden för en rättsakt gör det således inte möjligt att entydigt avgöra frågan huruvida det angripna beslutet kan kvalificeras som en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar.

58. Jag anser dessutom att det i allmänhet inte räcker att isolerat och abstrakt beakta beslutets syfte och innehåll, när frågan inte avser valet av rättslig grund utan, som i detta fall, anknytningen till Schengenregelverket.

59. För det första ska det nämligen påpekas att domstolen, såsom har framgått ovan, i det avseendet inte bara hänvisade till sin egen praxis vad gäller valet av rättslig grund. Domstolen slog nämligen uttryckligen fast att kriterierna i denna rättspraxis tillämpades *analogt*: det är följaktligen inte givet att man bör gå till väga på samma sätt.

60. För det andra har det inte heller i den rättspraxis som avser valet av rättslig grund gjorts gällande att man *uteslutande* ska beakta rättsaktens innehåll och syfte. I denna rättspraxis har det i stället uppgetts att det är nödvändigt att beakta objektiva kriterier som möjliggör en domstolsprövning av lagstiftarens val. Till dessa objektiva kriterier hör typiskt sett innehållet och syftet, vilket domstolen ofta har påpekat. Dessa utgör dock inte på något sätt de enda kriterier som kan beaktas. [15]

61. I förevarande fall tycks det finnas ett ytterligare objektivt kriterium som ska beaktas: som framgått ovan rör det angripna beslutet *i materiellt hänseende* en databas (VIS) som har inrättats inom ramen för Schengensamarbetet på ett område (viseringsområdet) som Förenade kungariket inte deltar i. Denna omständighet visar utan minsta tvivel att det föreligger ett nära samband mellan det angripna beslutet och Schengensamarbetet i fråga om viseringar.

62. För det tredje påpekade domstolen, vilket för övrigt utgör fast rättspraxis, att en bestämmelse aldrig ska tolkas isolerat, utan alltid mot bakgrund av det särskilda sammanhang i vilket bestämmelsen ingår. [16]

63. För det fjärde kräver slutligen Schengensamarbetets mycket speciella karaktär, på grund av att det utgör ett närmare samarbete som endast berör en del av unionens medlemsstater, att en ytterligare princip ska beaktas, nämligen principen om Schengenregelverkets enhetlighet och

15 — Se exempelvis dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet (REG 1987, s. 1493; svensk specialutgåva, volym 9, s. 55), punkt 11, domen i målet Titandioxid (ovan fotnot 13), punkt 10, och dom av den 12 november 1996 i mål C-84/94, Förenade kungariket mot rådet (REG 1996, s. I-5755), punkt 25. Se även yttrande nr 2/00 av den 6 december 2001 (REG 2001, s. I-9713), punkt 22.

16 — Domen i mål C-77/05, Förenade kungariket mot rådet (ovan fotnot 12), punkt 55.

koherens. [17] Denna princip återspeglas särskilt i andra skälet i ovannämnda beslut 2000/365/EG. [18]

64. Även i domstolens praxis, vilken dock inte uttryckligen har uttalat sig i frågan, har hänsyn tagits till behovet av att undvika att Schengenregelverket kan sönderdelas och missuppfattas genom att man tillåter alltför ”enkla” former av deltagande för de medlemsstater som inte deltar till fullo i Schengensamarbetet. Domstolen har särskilt slagit fast att de åtgärder som utvecklar Schengenregelverket ”måste ... vara förenliga med de bestämmelser som de genomför eller som de utgör en utveckling av, så att åtgärderna förutsätter att såväl dessa bestämmelser som de principer som ligger till grund för dessa har godtagits” [19].

65. Det nyss citerade avsnittet avser inte en situation som är identisk med den situation som är för handen här: i det fallet utgick nämligen domstolen från antagandet att den åtgärd som skulle bedömas utan tvekan utgjorde en utveckling av Schengenregelverket, medan det i förevarande mål är just denna kvalificering som är omdiskuterad. Enligt min mening visar dock citatet tydligt behovet av att undvika att Schengenregelverket kan bli föremål för tolkningar som får till slutresultat att regelverkets räckvidd och särdrag ändras på ett av allt att döma ytligt sätt, men som i själva verket är betydelsefullt. [20]

66. Jag anser att det enligt principen om Schengenregelverkets enhetlighet och koherens i allmänhet krävs att man med en utveckling av Schengenregelverket avser *varje åtgärd som i praktiken inte skulle kunna existera utan detta regelverk*. I förevarande fall är det helt uppenbart att åtkomsten till uppgifter i VIS förutsätter att detta system existerar, vilket uteslutande har sin grund i Schengensamarbetet i fråga om viseringar.

67. Principen om enhetlighet och koherens leder således till slutsatsen att det angripna beslutet ska anses utgöra en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar.

68. Vi befinner oss således i detta skede i en situation där tillämpningen av olika tolkningskriterier leder till två motsatta resultat. Å ena sidan talar bedömningen av det angripna beslutets syfte för att kvalificera beslutet som en ”normal” åtgärd för polissamarbete. Å

17 — Angående denna princip, se allmänt det förslag till avgörande som generaladvokaten Trstenjak föredrog den 10 juli 2007 i mål C-137/05, Förenade kungariket mot rådet (ovan fotnot 12), punkterna 108–112 i förslaget till avgörande.

18 — I nämnda skäl anges särskilt att ”Schengenregelverket planerades och fungerar som en enhet som måste godtas i sin helhet och tillämpas av alla stater som stöder principen om avskaffande av personkontroller vid de gemensamma gränserna”.

19 — Domen i mål C-77/05, Förenade kungariket mot rådet (ovan fotnot 12), punkt 61.

20 — Vad beträffar karaktären på begreppet enhetlighet inom den juridiska doktrinen, se mitt förslag till avgörande av den 5 mars 2009 i mål C-429/07, X, där domstolen meddelade dom den 11 juni 2009 (REG 2009, s. I-4883), punkt 28 och fotnot 6 i förslaget till avgörande.

andra sidan leder tillämpningen av principen om Schengenregelverkets enhetlighet och koherens till att beslutet i stället ska kvalificeras som en åtgärd som utvecklar det närmare samarbetet i fråga om viseringar, och följaktligen själva Schengenregelverket. Som framgått kan bedömningen av det angripna beslutets innehåll leda till såväl den ena som den andra av de två kvalificeringarna.

69. Följaktligen är det nödvändigt att fastställa ett kriterium som gör att det ena av de två möjliga synsätten kan ges företräde.

70. Den särskilda situationen i förevarande mål tillåter inte, enligt min mening, att man analogt tillämpar de kriterier som, i fråga om valet av rättslig grund, har formulerats i domstolens praxis vid osäkerhet mellan två möjliga tillvägagångssätt.

71. För det första är principen enligt vilken man, när det finns flera möjliga rättsliga grunder för en unionsrättsakt, ska använda den rättsliga grund som motsvarar den huvudsakliga avsikten inte tillämplig. [21] Denna princip är nämligen endast tillämplig, vilket för övrigt klart framgår av domstolens formulering av denna princip, när det finns flera möjliga rättsliga grunder på grund av att den bestämmelse som ska kvalificeras har flera syften. I förevarande fall är däremot inte problemet att det finns flera *syften*, utan att två olika *kriterier* för rättslig kvalificering av bestämmelsen (beaktandet av syftet, å ena sidan, och Schengenregelverkets enhetlighet och koherens, å andra sidan) leder till motsatta resultat.

72. För det andra är det inte heller möjligt att tillämpa principen, vilken i domstolens praxis för övrigt har ansetts utgöra ett undantag, enligt vilken det är möjligt att vidta en åtgärd med stöd av två olika rättsliga grunder. [22] I förevarande fall leder nämligen en tillämpning av de två ovannämnda kriterierna till två resultat som sinsemellan är oförenliga. Det är nämligen inte möjligt att en rättsakt både kan antas som en vanlig åtgärd för polissamarbete och som en åtgärd som utvecklar Schengenregelverket i fråga om viseringar: det rör sig nämligen om två situationer som per definition avser två olika grupper av stater (unionens medlemsstater i det första fallet, och en del av unionens stater och vissa tredjeländer i det andra fallet).

21 — Se dom av den 20 maj 2008 i mål C-91/05, kommissionen mot rådet (REG 2008, s. I-3651), punkt 73 och där angiven rättspraxis.

22 — Se exempelvis dom av den 11 september 2003 i mål C-211/01, kommissionen mot rådet (REG 2003, s. I-8913), punkt 40, och av den 10 januari 2006 i mål C-94/03, kommissionen mot rådet (REG 2006, s. I-1), punkt 36.

73. Jag anser att en möjlig lösning på problemet bör fastställas med hänvisning till den ”specifika vikt” som ska tillmätas de motstående kriterierna. Det rör sig om kriterier som i princip har samma betydelse och dignitet, men som kan rangordnas på grundval av de särskilda omständigheterna i varje enskild situation, genom att ett kriterium anses ha företräde framför det andra. Den logik som ska tillämpas är densamma som domstolen tillämpar för att fastställa den rättsliga grunden för en rättsakt, när rättsakten har två olika beståndsdelar: i sådana fall ska den rättsliga grund användas som har samband med den huvudsakliga beståndsdelen. I förevarande fall ska det av de båda kriterierna som, med hänsyn till de särskilda omständigheterna, förefaller vara mest lämpligt med beaktande av innehållet i den rättsakt som tvisten avser ges företräde.

74. I förevarande fall stöder sig det kriterium som avser syftet på det angripna beslutets ”polisiära” funktion. Kriteriet som avser Schengenregelverkets enhetlighet och koherens hänvisar i stället till de materiella delarna i den aktuella rättsakten, vilken använder en databas (VIS) som har skapats för att handha viseringar.

75. Jag anser att i det konkreta fall som har underställts domstolens prövning är ”Schengendelen”, det vill säga databasen VIS, av större vikt än ”polissamarbetsdelen”, vilken till sin art både är underordnad och avhängig av den förstnämnda delen. Skälet till detta är att det angripna beslutet, ur den synvinkel som lagstiftaren valde, framför allt utgör en åtgärd för att förvalta databasen VIS. Med andra ord utgör det angripna beslutets innehåll inte bara en samling bestämmelser som syftar till att förhindra och beivra brott, utan även, och framför allt, en samling bestämmelser som rör sökningar i VIS.

76. Det ska i det avseendet inte bortses från det faktum, vilket Förenade kungariket självt medgav vid förhandlingen, att Förenade kungariket för närvarande inte skulle kunna få direkt åtkomst till VIS även om det gavs möjligheten. Nämnda medlemsstat har nämligen inte den infrastruktur som krävs (den ”fysiska” anslutningen till VIS). En sådan infrastruktur skulle med säkerhet inte kunna inrättas på grundval av det angripna beslutet: beslutet innehåller nämligen inte några tekniska bestämmelser, vilket således bekräftar dess underordnade karaktär i förhållande till det regelverk som reglerar VIS, vilket antogs med stöd av avdelning IV i EG-fördraget.

77. Som rådet upprepade gånger påpekade i sina skriftliga yttranden skulle en kvalificering av det angripna beslutet som en ”normal” åtgärd för polissamarbete leda till det paradoxala resultatet att länder (Förenade kungariket och Irland) som inte bidrar till förvaltningen av denna databas ges åtkomst till VIS i syfte att förhindra och beivra vissa särskilt grova brott, medan länder (Schweiz, Norge

och Island) som bidrar till förvaltningen och finansieringen av VIS och som dagligen använder VIS för dess ”vanliga” syften (det vill säga i huvudsak gränskontroll) nekas sådan åtkomst.

78. Förenade kungariket har ansträngt sig för att framställa det angripna beslutet som en åtgärd för informationsutbyte, genom att hävda att Förenade kungariket och Irland, om dessa medlemsstater kunde få delta i beslutet, skulle tillhandahålla de uppgifter som de förfogar över i fråga om viseringar. Enligt min mening bygger dock detta resonemang på en missuppfattning. Resonemanget skulle nämligen ha varit korrekt om det angripna beslutet faktiskt hade utformats av lagstiftaren som en åtgärd som avser utbyte av uppgifter, i enlighet med kommissionens ursprungliga förslag. Eftersom det angripna beslutet, såsom har framgått ovan, i själva verket endast utgör en åtgärd som avser förvaltningen och organisationen av databasen VIS, anser jag att det synsätt som innebär att rätten att godta en sådan åtgärd begränsas till endast de aktörer som har skapat denna databas och som förvaltar denna är mer korrekt.

79. Det är naturligtvis högst önskvärt att man kan uppnå ett samutnyttjande, i vart fall för vissa syften, av den information rörande viseringar som finns i VIS, å ena sidan, och i de motsvarande databaserna i Förenade kungariket och Irland, å andra sidan. Detta kan emellertid endast ske för ett helt annat syfte än det som avses med det angripna beslutet och genom en åtgärd som särskilt avser samutnyttjande eller utbyte av sådana uppgifter.

C — *Den rättsliga grund som rådet valde*

80. Det återstår dock avslutningsvis ett sista problem, som man inte kan bortse från och som kanske utgör den känsligaste och svåraste frågan i förevarande mål. Jag syftar på den eventuella funktion som den rättsliga grund som rådet använde för att anta den aktuella rättsakten ska anses fylla.

81. Som har framgått vid sammanfattningen av parternas argument har Förenade kungariket insisterat på att användningen av en rättslig grund som baserar sig på avdelning VI FEU tyder på att det angripna beslutet inte utgör en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar, utan en åtgärd för polissamarbete som Förenade kungariket följaktligen borde ha tillåtits att delta i.

82. Det argument som har angetts i föregående punkt bygger i huvudsak på tanken att det

föreligger en oförenlighet mellan det faktum att ett beslut grundar sig på avdelning VI FEU och att nämnda beslut kvalificeras som en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar.

83. Det ska dock hållas i minnet att Schengenregelverket även omfattar åtgärder som avser polissamarbete. [23] Det är riktigt att Förenade kungariket deltar, åtminstone delvis, i denna del av Schengensamarbetet, till skillnad från vad som är fallet i fråga om viseringar. [24] Detta visar dock att en polisiär åtgärd i sig kan omfattas av Schengensamarbetet och att det inte finns något principiellt hinder mot att kvalificera en åtgärd som grundar sig på avdelning VI FEU så att den omfattas av Schengenregelverket.

84. Det förhållandet att artiklarna 30 EU och 34 EU utgjorde rättslig grund för det angripna beslutet utesluter således inte att beslutet kan utgöra en utveckling av Schengenregelverket.

85. Vad Förenade kungariket bestrider är dock att det angripna beslutet kan anses utgöra *en utveckling av Schengenregelverket i fråga om viseringar*, och inte av Schengenregelverket i allmänhet. I det avseendet vill jag dock påpeka att, med hänsyn till de överväganden som angetts ovan, det förhållandet att syftet med åtgärden är ”polisiärt” inte påverkar det förhållandet att det, med hänsyn till åtgärdens innehåll, i huvudsak är fråga om ett beslut som avser sättet att förvalta VIS.

86. Vidare ska det hållas i minnet att Förenade kungariket inte heller automatiskt deltar i de Schengenåtgärder som rör polissamarbete. Dess deltagande är begränsat till de fall där ett sådant deltagande uttryckligen föreskrivs.

87. Följaktligen anser jag att rådets val att betrakta det angripna beslutet både som en åtgärd som utvecklar Schengenregelverket i fråga om viseringar och som en rättsakt som grundar sig på avdelning VI i EU-fördraget är korrekt, om än ovanligt. Det angripna beslutet utgör en åtgärd som omfattas av Schengensamarbetet och vars rättsliga grund är de unionsbestämmelser som reglerar polissamarbetet. Eftersom det angripna beslutet är en rättsakt som avser förvaltningen av VIS, antogs det dock av ”VIS-länderna”. Jag anser därför att Förenade kungarikets talan ska ogillas.

23 — Se exempelvis artikel 39 och följande artiklar i Schengenkonventionen (EGT L 239, 22.9.2000, s. 1).

24 — Se artikel 1 i ovannämnda beslut 2000/365/EG.

88. Avslutningsvis vill jag framhålla en viktig omständighet, nämligen att förevarande mål är av mycket speciell beskaffenhet. För det fall domstolen ogillar Förenade kungarikets talan medför det inte på något sätt ett ifrågasättande av betydelsen av den funktion som den rättsliga grunden fyller inom unionsrätten. Det står klart att det i princip är angivandet av den rättsliga grunden för en rättsakt som avgör tillvägagångssättet för att anta rättsakten. Det ska dock anses att det närmare Schengensamarbetet utgör ett slags parallellt regelverk i unionsrätten. Unionsrättens bestämmelser är alltid tillämpliga inom ramen för Schengensamarbetet, endast med den begränsning (vilken är aktuell i förevarande fall) som följer av att antalet stater som deltar i besluten i vissa fall inte är det antal som är typiskt för unionens ”vanliga” rättsakter.

VI — Förslag till avgörande

89. Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag att domstolen ska

— ogilla talan,

— förplikta Förenade kungariket att ersätta rättegångskostnaderna, och

— besluta att kommissionen och Konungariket Spanien ska bära sina rättegångskostnader.