FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
fremsat den 10. juli 2007 [1]

I — Indledning

1. Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (herefter »Det Forenede Kongerige«) har ved et annullationssøgsmål i henhold til artikel 230 EF anfægtet Rådets forordning (EF) nr. 2007/2004 af 26. oktober 2004 om oprettelse af et europæisk agentur for forvaltning af det operative samarbejde ved EU-medlemsstaternes ydre grænser (herefter »forordning nr. 2007/2004«) [2].

2. Den foreliggende sag er konneks med sag C-137/05, hvori Det Forenede Kongerige, ligeledes ved et annullationssøgsmål, har anfægtet Rådets forordning (EF) nr. 2252/2004 af 13. december 2004 om standarder for sikkerhedselementer og biometriske identifikatorer i pas og rejsedokumenter, som medlemsstaterne udsteder (herefter »forordning nr. 2252/2004«) [3]. Domstolen har ikke forenet de to sager, men behandler dem udelukkende som konnekse sager, der vedrører den samme problemstilling. Der blev afholdt fælles retsmøde i de to sager den 13. marts 2007.

3. I de to sager forelægges Domstolen for første gang spørgsmålet om fortolkningen af protokollen om integration af Schengenreglerne i Den Europæiske Union, som indgår i de protokoller, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab. Ud over denne fortolkning rejses det mere omfattende spørgsmål om rækkevidden af det tættere indbyrdes samarbejde inden for Den Europæiske Unions struktur.

II — De retlige rammer

A — *Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab*

4. Artikel 61 EF — 69 EF, som er indeholdt i EF-traktatens tredje del, afsnit IV, har over-

1 — Originalsprog: slovensk.
2 — EUT L 349, s. 1.
3 — EUT L 385, s. 1.

skriften »Visum, asyl, indvandring og andre politikker i forbindelse med den frie bevægelighed for personer«.

5. Artikel 62 EF fastsætter: »Rådet vedtager efter fremgangsmåden i artikel 67 og inden fem år efter Amsterdam-traktatens ikrafttræden:

[...]

2) foranstaltninger vedrørende passage af medlemsstaternes ydre grænser, hvori der fastlægges:

a) standarder og procedurer, som medlemsstaterne skal følge ved udøvelse af personkontrol ved disse grænser [...]«

6. Artikel 69 EF fastsætter: »Dette traktatafsnit anvendes i overensstemmelse med bestemmelserne i protokollen om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling og protokollen om Danmarks stilling, og med forbehold af protokollen om anvendelse af visse aspekter af artikel 14 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab på Det Forenede Kongerige og på Irland.«

7. Artikel 311 EF har følgende ordlyd: »De protokoller, der i gensidig forståelse mellem medlemsstaterne knyttes som bilag til denne traktat, udgør en integrerende del af traktaten.«

B — *Protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union*

8. Protokol (nr. 2) om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union (herefter »Schengen-protokollen«) indgår i de protokoller, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab. Den er indført i den primære ret ved Amsterdam-traktaten.

9. I henhold til Schengen-protokollens artikel 1 bemyndiges Kongeriget Belgien, Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Den Italienske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Den Portugisiske Republik, Republikken Finland og Kongeriget Sverige, der har undertegnet Schengenaftalerne, til at indføre et tættere indbyrdes samarbejde inden for anvendelsesområdet

for disse aftaler og dermed forbundne bestemmelser, som de fremgår af listen i bilaget til denne protokol, i det følgende benævnt »Schengen-reglerne«. Dette samarbejde gennemføres inden for Den Europæiske Unions institutionelle rammer og under overholdelse af de relevante bestemmelser i traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

10. Artikel 2, stk. 1, i Schengen-protokollen bestemmer: »Fra datoen for Amsterdamtraktatens ikrafttræden er Schengen-reglerne, herunder de afgørelser truffet af Eksekutivkomitéen under Schengen-aftalerne, som er vedtaget før denne dato, umiddelbart gældende for de tretten medlemsstater, der er nævnt i artikel 1, jf. dog stk. 2 i nærværende artikel. Fra samme dato træder Rådet i stedet for ovennævnte eksekutivkomité.«

11. Artikel 3 i Schengen-protokollen bestemmer: »Efter den fastlæggelse, der er omhandlet i artikel 2, stk. 1, andet afsnit, bevarer Danmark samme rettigheder og forpligtelser i forhold til de øvrige signatarer i Schengen-aftalerne med hensyn til de dele af Schengen-reglerne, der får retsgrundlag i afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, som før den nævnte fastlæggelse.«

12. Schengen-protokollens artikel 4 bestemmer:

»Irland og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, der ikke er bundet af Schengen-reglerne, kan til enhver tid anmode om at deltage i nogle af eller alle disse regler.

Rådet træffer afgørelse om anmodningen med enstemmighed blandt medlemmerne som nævnt i artikel 1 og repræsentanten for den pågældende stats regering.«

13. Artikel 5 i Schengen-protokollen bestemmer:

»1. Forslag og initiativer til udbygning af Schengen-reglerne er underlagt de relevante traktatbestemmelser.

Hvis enten Irland eller Det Forenede Kongerige eller begge ikke inden for en rimelig tid skriftligt har meddelt Rådets formand, at de ønsker at deltage, anses i den forbindelse de i artikel 1 nævnte medlemsstater samt

Irland eller Det Forenede Kongerige, såfremt en af disse stater ønsker at deltage i de pågældende samarbejdsområder, for at have opnået den bemyndigelse, der er omhandlet i artikel 11 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab eller i artikel 40 i traktaten om Den Europæiske Union.

2. De relevante traktatbestemmelser, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, finder anvendelse, også selv om Rådet ikke har vedtaget de foranstaltninger, der er nævnt i artikel 2, stk. 1, andet afsnit.«

14. Protokollens artikel 6 bestemmer, at »Republikken Island og Kongeriget Norge deltager som associeret i gennemførelsen af Schengen-reglerne og den videre udvikling heraf på grundlag af den aftale, der blev undertegnet i Luxembourg den 19. december 1996. [...]«.

15. Protokollens artikel 8 bestemmer, at Schengen-reglerne og yderligere foranstaltninger, der træffes af institutionerne inden for rammerne heraf, i forbindelse med forhandlingerne om optagelse af nye medlemsstater i Den Europæiske Union betragtes som gældende regler, der skal accepteres fuldt ud af alle stater, der søger om optagelse.

16. Schengen-reglerne er fastsat i et bilag til Schengen-protokollen. Ifølge dette bilag omfatter reglerne aftalen mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union: Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, undertegnet i Schengen den 14. juni 1985; konventionen undertegnet i Schengen den 19. juni 1990 mellem Kongeriget Belgien, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg og Kongeriget Nederlandene om gennemførelse af aftalen om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, undertegnet i Schengen den 14. juni 1985, med tilhørende slutakt og fælles erklæringer; de protokoller og aftaler om tiltrædelse af aftalen af 1985 og gennemførelseskonventionen af 1990, der er indgået med Italien, Spanien og Portugal, Grækenland, Østrig og Danmark, Finland og Sverige med tilhørende slutakter og erklæringer, samt afgørelser og erklæringer vedtaget af Eksekutivkomitéen, der er nedsat ved gennemførelseskonventionen af 1990, samt retsakter vedtaget til gennemførelse af konventionen af de organer, som Eksekutivkomitéen har overdraget beslutningskompetence.

C — Protokollen om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling

17. Protokollen om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling (herefter »protokollen

om afsnit IV«), som ligeledes er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, indeholder bestemmelser om samarbejdet med disse to medlemsstater i forbindelse med fremlæggelse af forslag inden for rammerne af afsnit IV EF.

18. Artikel 1 i denne protokol fastsætter, at »[m]ed forbehold af artikel 3 deltager Det Forenede Kongerige og Irland ikke i Rådets vedtagelse af foranstaltninger, der foreslås i henhold til afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab. [...]«.

19. Artikel 2 i protokollen om afsnit IV har følgende ordlyd:

»Som følge af artikel 1 og med forbehold af artikel 3, 4 og 6, er ingen bestemmelser i afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, ingen foranstaltninger vedtaget i henhold til nævnte afsnit, ingen bestemmelser i internationale aftaler indgået af Fællesskabet i henhold til nævnte afsnit og ingen afgørelser truffet af Domstolen om fortolkning af sådanne bestemmelser eller foranstaltninger bindende for eller finder anvendelse i Det Forenede Kongerige eller Irland; ingen af disse bestemmelser, foranstaltninger eller afgørelser berører på nogen måde disse staters beføjelser, rettigheder og forpligtelser; ingen af disse bestemmelser, foranstaltninger eller afgørelser berører på nogen måde gældende fællesskabsret eller udgør en del af fællesskabslovgivningen, således som denne ret og denne lovgivning finder anvendelse på Det Forenede Kongerige eller Irland.«

20. Artikel 3 i protokollen om afsnit IV bestemmer:

»Det Forenede Kongerige eller Irland kan inden for tre måneder efter, at et forslag eller initiativ er blevet forelagt for Rådet i henhold til afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, skriftligt meddele Rådets formand, at den pågældende stat ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af sådanne foreslåede foranstaltninger, hvorefter den skal have ret hertil. [...]

2. Hvis en foranstaltning som nævnt i stk. 1 ikke kan vedtages inden for en rimelig tid med deltagelse af Det Forenede Kongerige eller Irland, kan Rådet vedtage den i henhold til artikel 1 uden deltagelse af Det Forenede Kongerige eller Irland. I så fald finder artikel 2 anvendelse.«

21. Artikel 4 i protokollen om afsnit IV bestemmer:

»Det Forenede Kongerige eller Irland kan når som helst efter Rådets vedtagelse af en foranstaltning i henhold til afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab meddele Rådet og Kommissio-

nen, at den pågældende stat ønsker at acceptere foranstaltningen. I så fald finder proceduren i artikel 11, stk. 3, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab tilsvarende anvendelse.«

22. Artikel 7 i protokollen om afsnit IV bestemmer, at artikel 3 og 4 ikke berører protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union.

D — *Protokollen om Danmarks stilling*

23. Artikel 5 i protokollen om Danmarks stilling, som ligeledes er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, bestemmer følgende:

»1. Inden seks måneder efter, at Rådet har truffet afgørelse om et forslag om eller initiativ til udbygning af Schengen-reglerne efter bestemmelserne i afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, træffer Danmark afgørelse om, hvorvidt det vil gennemføre denne afgørelse i sin nationale lovgivning. Hvis Danmark beslutter sig herfor, vil denne afgørelse skabe en folkeretlig forpligtelse mellem Danmark og de øvrige medlemsstater, der er nævnt i artikel 1 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union samt Irland eller Det Forenede Kongerige, hvis disse medlemsstater deltager i de pågældende samarbejdsområder.

2. Hvis Danmark beslutter ikke at gennemføre en rådsafgørelse som nævnt i stk. 1, overvejer de medlemsstater, der er nævnt i artikel 1 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union, hvilke passende foranstaltninger der skal træffes.«

E — *Erklæringerne knyttet som bilag til Amsterdam-traktaten*

24. Erklæringen ad artikel 4 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union (erklæring nr. 45) har følgende ordlyd:

»De Høje Kontraherende Parter opfordrer Rådet til at høre Kommissionen, før det træffer afgørelse om en anmodning fra Irland eller Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland om at deltage i nogle eller alle bestemmelserne i Schengen-reglerne i henhold til artikel 4 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union.

De forpligter sig endvidere til at udfolde deres bedste bestræbelser med henblik på at gøre det muligt for Irland og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, hvis de måtte ønske det, at anvende bestemmelserne i nævnte artikel 4, således at Rådet vil kunne træffe de i denne artikel nævnte afgørelser samtidig med eller efter ikrafttrædelsen af denne protokol.«

25. Erklæringen ad artikel 5 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union (erklæring nr. 46) har følgende ordlyd:

»De Høje Kontraherende Parter forpligter sig til at bestræbe sig på at muliggøre handling fra alle medlemsstaters side på Schengenreglernes områder, især hvis Irland og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland har accepteret nogle af eller alle disse regler i overensstemmelse med artikel 4 i protokollen om integration af Schengenreglerne i Den Europæiske Union.«

F — *Forordning nr. 2007/2004*

26. Det anføres i betragtning 3 til forordning nr. 2007/2004, at der med udgangspunkt i erfaringerne fra den fælles grænsekontrolinstans inden for Rådets rammer bør oprettes en særlig ekspertenhed med den opgave at forbedre samordningen af det operative samarbejde mellem medlemsstaterne om forvaltning af de ydre grænser, i form af et europæisk agentur for forvaltning af det operative samarbejde ved EU-medlemsstaternes ydre grænser.

27. Det fremgår af betragtning 23-26 til forordning nr. 2007/2004, at denne forordning udgør en videreudvikling af Schengenreglerne.

28. I henhold til betragtning 25 til forordning nr. 2007/2004 udgør forordningen en videreudvikling af Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i, i overensstemmelse med Rådets afgørelse 2000/365/EF af 29. maj 2000 om anmodningen fra Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne [4], og Det Forenede Kongerige deltager derfor ikke i vedtagelsen af denne forordning, som ikke er bindende for og ikke finder anvendelse i Det Forenede Kongerige.

4 — EFT L 131, s. 43.

29. Betragtning 26 til forordning nr. 2007/2004 indeholder lignende bestemmelser om Irland.

30. I artikel 1 i forordning nr. 2007/2004 fastlægges formålet med denne retsakt:

»1. Der oprettes et europæisk agentur for forvaltning af det operative samarbejde ved de ydre grænser (»agenturet«) med henblik på forbedring af den integrerede forvaltning af EU-medlemsstaternes ydre grænser.

2. Agenturet skal, samtidig med at der tages hensyn til, at ansvaret for kontrol og overvågning af de ydre grænser ligger hos medlemsstaterne, fremme og effektivisere anvendelsen af nuværende og fremtidige fællesskabsforanstaltninger vedrørende forvaltning af de ydre grænser ved at samordne medlemsstaternes gennemførelse af sådanne foranstaltninger og herved bidrage til at sikre et effektivt, højt og ensartet niveau for personkontrol og overvågning af medlemsstaternes ydre grænser.

3. Agenturet skal ligeledes yde Kommissionen og medlemsstaterne den nødvendige tekniske støtte og ekspertise hvad angår forvaltning af de ydre grænser og fremme solidariteten mellem medlemsstaterne.

[...]«

31. I artikel 2 fastsættes agenturets primære opgaver ved følgende bestemmelser:

»1. Agenturet skal udføre følgende opgaver:

a) samordne det operative samarbejde mellem medlemsstaterne hvad angår forvaltning af de ydre grænser

b) bistå medlemsstaterne med uddannelse af nationale grænsevagter, herunder indføre fælles uddannelsesstandarder

c) foretage risikoanalyser

d) følge udviklingen inden for forskning, der er relevant for kontrol og overvågning af de ydre grænser

e) bistå medlemsstaterne i situationer, der kræver øget teknisk og operativ bistand ved de ydre grænser

f) yde medlemsstaterne den nødvendige støtte i forbindelse med tilrettelæggelse af fælles tilbagesendelsesaktioner.

2. Uden at dette berører agenturets beføjelser, kan medlemsstaterne fortsætte samarbejdet på det operative plan med andre medlemsstater og/eller tredjelande ved de ydre grænser, hvis et sådant samarbejde supplerer agenturets indsats.

Medlemsstaterne afholder sig fra enhver aktivitet, som kan være til hinder for, at agenturet kan fungere tilfredsstillende, eller at dets mål kan nås.

Medlemsstaterne aflægger rapport til agenturet om disse operative spørgsmål ved de ydre grænser uden for agenturets rammer.«

32. Artikel 3 vedrører fælles operationer og pilotprojekter ved de ydre grænser og fastsætter følgende:

»1. Agenturet evaluerer, godkender og samordner forslag til fælles operationer og pilotprojekter, der fremsættes af medlemsstaterne.

Agenturet kan i forståelse med den/de berørte medlemsstat/-er selv beslutte at tage initiativ til fælles operationer og pilotprojekter i samarbejde med medlemsstaterne.

Det kan ligeledes beslutte at stille sit tekniske udstyr til rådighed for de medlemsstater, der deltager i fælles operationer og pilotprojekter.

2. Agenturet kan ved den praktiske gennemførelse af fælles operationer og pilotprojekter virke gennem specialafdelinger som foreskrevet i artikel 16.

3. Agenturet evaluerer resultaterne af de fælles operationer og pilotprojekter og foretager en overordnet sammenlignende analyse af disse resultater for at fremme kvaliteten, sammenhængen og effektiviteten af fremtidige operationer og projekter, der vedlægges agenturets årsberetning som foreskrevet i artikel 20, stk. 2, litra b).

4. Agenturet kan beslutte at medfinansiere de operationer og projekter, der er nævnt i stk. 1, med tilskud fra dets budget i overensstemmelse med de finansielle bestemmelser, der gælder for agenturet.«

33. I henhold til artikel 4, der vedrører risikoanalyse, udvikler og anvender agenturet en fælles integreret model for risikoanalyse. Det udarbejder både generelle og specifikke risikoanalyser, der fremlægges for Rådet og Kommissionen.

34. I henhold til artikel 5, der omhandler uddannelse, udarbejder og videreudvikler agenturet et fælles grundlæggende uddannelsesprogram for grænsevagter og tilbyder uddannelse på europæisk niveau for instruktører af medlemsstaternes nationale grænsevagter. Agenturet tilbyder ligeledes videreuddannelseskurser og seminarer for ansatte i medlemsstaternes kompetente nationale tjenester om emner i tilknytning til kontrol og overvågning af de ydre grænser og tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere.

35. Artikel 7 har følgende ordlyd:

»Agenturet udarbejder og ajourfører en central fortegnelse over det tekniske udstyr til kontrol og overvågning af de ydre grænser, der tilhører medlemsstater, og som de på frivillig basis og efter anmodning fra en anden medlemsstat er villige til at stille til rådighed for denne midlertidigt i overensstemmelse med en behovs- og risikoanalyse udført af agenturet.«

36. Artikel 12 vedrører samarbejdet med Irland og Det Forenede Kongerige og indeholder følgende bestemmelser:

»1. Agenturet bør fremme medlemsstaternes operative samarbejde med Irland og Det Forenede Kongerige i spørgsmål, der er omfattet af agenturets aktiviteter, og i det omfang, det er påkrævet med henblik på udførelsen af de opgaver, der er fastlagt i artikel 2, stk. 1.

2. Den støtte, som agenturet skal yde i henhold til artikel 2, stk. 1, litra f), omfatter tilrettelæggelsen af medlemsstaternes fælles tilbagesendelsesaktioner, som Irland og/eller Det Forenede Kongerige deltager i.

3. Denne forordnings anvendelse på Gibraltars grænser suspenderes, indtil der opnås enighed om anvendelsesområdet for de

foranstaltninger, der vedrører personers passage af medlemsstaternes ydre grænser.«

37. I henhold til artikel 15 i forordning nr. 2007/2004 er agenturet et fællesskabsorgan, der har status som juridisk person. Agenturet har i hver medlemsstat den videstgående rets- og handleevne, som vedkommende stats lovgivning tillægger juridiske personer. Det kan i særdeleshed erhverve og afhænde fast ejendom og løsøre og optræde som part i retssager.

38. Artikel 21 i forordning nr. 2007/2004 indeholder bestemmelser om bestyrelsens sammensætning. Artikel 21, stk. 3, fastsætter:

»De lande, som er associeret gennemførelsen, anvendelsen og udviklingen af Schengen-reglerne, deltager i agenturet. De har hver en repræsentant og en suppleant i bestyrelsen. Ifølge de relevante bestemmelser i deres associeringsaftaler vil der blive udviklet ordninger, der bl.a. skal præcisere arten og omfanget af og fastsætte detaljerede regler for disse landes deltagelse i agenturets arbejde, herunder bestemmelser om finansielle bidrag og personale.«

39. Forordningens artikel 29 indeholder bestemmelser om budgettet. I henhold til disse bestemmelser udgøres agenturets indtægter, med forbehold af andre former for indtægter, af tilskud fra Fællesskabet over Den Europæiske Unions almindelige budget (sektionen vedrørende Kommissionen), bidrag fra lande, der er associeret i gennemførelsen, anvendelsen og udviklingen af Schengen-reglerne, gebyrer for ydede tjenester og frivillige bidrag fra medlemsstaterne.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

40. Den 11. november 2003 forelagde Kommissionen Rådet et forslag til forordning nr. 2007/2004.

41. Den 14. februar 2004 meddelte Det Forenede Kongerige Rådet, at det ønskede at deltage i vedtagelsen af forslaget til forordning i medfør af Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1.

42. På trods af Det Forenede Kongeriges meddelelse vedtog Rådet forordning

nr. 2007/2004 den 26. oktober 2004, da det mente, at forslaget til forordning nr. 2007/2004 vedrørte forslag og initiativer til udbygning af den del af Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i i henhold til Rådets afgørelse 2000/365/EF [5].

43. Da Det Forenede Kongerige mener, at den omstændighed, at landet ikke har haft mulighed for at deltage i vedtagelsen af forordning nr. 2007/2004, udgør en tilsidesættelse af Schengen-protokollens artikel 5, har det den 17. februar 2005 anlagt et annullationssøgsmål.

44. Følgende lande er interveneret i sagen på Det Forenede Kongeriges side: Irland, Republikken Polen og Den Slovakiske Republik.

45. Kongeriget Spanien og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber er interveneret på Rådets side.

46. Det Forenede Kongerige har nedlagt følgende påstande:

— Forordning nr. 2007/2004 annulleres.

— Det fastslås i henhold til artikel 231 EF, at bestemmelserne i forordning nr. 2007/2004 fortsat gælder, efter at forordningen er annulleret, frem til vedtagelsen af ny lovgivning på området, dog ikke for så vidt som de medfører, at Det Forenede Kongerige udelukkes fra at deltage i anvendelsen.

— Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

47. Rådet har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Det Forenede Kongerige tilpligtes at betale sagens omkostninger.

48. Irland, Polen og Slovakiet har støttet Det Forenede Kongeriges påstande.

5 — Afgørelse af 29.5.2000 om anmodningen fra Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne (EFT L 131, s. 143).

49. Kommissionen og Kongeriget Spanien har støttet Rådets påstande.

50. I retsmødet, der fandt sted den 13. marts 2007, samtidig med retsmødet i sag C-137/05, afgav Det Forenede Kongerige, Rådet, Irland, Slovakiet, Kommissionen, Nederlandene og Spanien mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Domstolen.

IV — Parternes anbringender og argumenter

A — *Det Forenede Kongerige*

51. Det Forenede Kongerige har i sine indlæg i begge sager taget udgangspunkt i sondringen mellem to typer foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne. Den første type foranstaltninger er foranstaltninger, der fuldt ud henhører under Schengen-reglerne (»Schengen integral measures«, herefter »integrerede foranstaltninger«), mens den anden type foranstaltninger er relateret til Schengen-reglerne (»Schengen-related measures«, herefter »relaterede foranstaltninger«). De integrerede foranstaltninger er uløseligt knyttet til Schengen-reglerne, f.eks. foranstaltninger til ændring af de bestemmelser i disse regler, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i. Den anden type foranstaltninger er derimod ikke uløseligt knyttet til Schengen-reglerne, men de kan vedtages med henblik på at opnå et formål, der er fastsat i Schengen-reglerne. Schengen-reglernes integritet bringes ikke i fare, hvis Det Forenede Kongerige deltager i den anden type foranstaltninger. Forordning nr. 2007/2004 og nr. 2252/2004 tilhører den anden type foranstaltninger. Hvad angår forordning nr. 2007/2004 har Det Forenede Kongerige fastholdt, at der er tale om en relateret foranstaltning, som hverken træder i stedet for eller ændrer nogen bestemmelse.

52. Ifølge Det Forenede Kongeriges hovedargument har Rådet handlet ulovligt ved at forhindre Det Forenede Kongerige i at deltage i vedtagelsen af forordning nr. 2007/2004. Det Forenede Kongerige meddelte, at det ønskede at deltage i vedtagelsen af forordning nr. 2007/2004 i henhold til Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, i protokollen om afsnit IV. Ifølge Det Forenede Kongerige udgjorde Rådets adfærd en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter som omhandlet i artikel 230, stk. 2, EF.

53. Det Forenede Kongerige har gjort gældende, at artikel 10 EF, som henhører under første søjle, og princippet om samarbejde i afsnit VI EU[6] er tilstrækkelig garanti for

6 — Dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Pupino, Sml. I, s. 5285, præmis 42.

Schengen-reglernes integritet og beskyttelse mod eventuelt misbrug, og at landet allerede har deltaget i tidligere uformelle foranstaltninger før vedtagelsen af forordning nr. 2007/2004, og f.eks. har deltaget i gruppen »External Border Practioners Common Unit«. Rådet har anlagt en meget formalistisk tilgang til spørgsmålet i betragtning af, at tidligere foranstaltninger er truffet inden for rammerne af et mellemstatsligt samarbejde og ikke på fællesskabsplan. Endvidere har Det Forenede Kongeriges deltagelse i ophævelsen af de indre grænser ikke været nødvendig for samarbejdet inden for uddannelse, risikoanalyse og udførelse af videnskabelige analyser såvel som teknisk og operativ bistand ved tilrettelæggelsen af fælles tilbagesendelsesaktioner. Det Forenede Kongerige har interesse i en fælles overvågning af de ydre Schengen-grænser.

54. Det Forenede Kongerige har kritiseret Rådets fortolkning, hvorefter Schengen-protokollens artikel 5 kun kan anvendes, hvis protokollens artikel 4 er blevet anvendt først. Rådet har anlagt en fejlagtig fortolkning af Schengen-protokollens artikel 5, når det mener, at denne artikel kun finder anvendelse på den del af Schengen-reglerne, der gælder for Det Forenede Kongerige i medfør af den afgørelse, der er vedtaget i henhold til denne protokols artikel 4. Det Forenede Kongerige kalder denne fortolkning for underordningsteorien. Ifølge Det Forenede Kongerige er fortolkningen i strid med selve teksten i Schengen-protokollen, med selve artikel 5 og med erklæring nr. 46, der er knyttet som bilag til Amsterdam-traktaten. I stedet for underordningsteorien foreslår Det Forenede Kongerige at anvende uafhængighedsteorien, hvorefter anvendelsen af Schengen-protokollens artikel 5 er uafhængig af anvendelsen af artikel 4, da der ikke foreligger noget indbyrdes underordnet eller overordnet forhold mellem artikel 4 og 5.

55. Ordlyden af Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1, taler imod underordningsteorien. I henhold til denne tekst finder de retsakter, der er vedtaget med denne artikel som retsgrundlag, anvendelse i alle medlemsstater. Derfor reguleres udbygningen af Schengen-reglerne af de relevante bestemmelser i traktaten. Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1, andet afsnit, omhandler ikke en »opting out«-mekanisme, men en mekanisme med tættere indbyrdes samarbejde. Som følge heraf er Det Forenede Kongeriges deltagelse ikke betinget af et samtykke fra de andre medlemsstater, der deltager i Schengen-reglerne (herefter »Schengen-staterne«). De argumenter, hvormed man forsøger at bevise, at Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1, er uklar og ufuldstændig, hvad angår Irlands og Det Forenede Kongeriges ret til deltagelse, er ikke overbevisende. Det Forenede Kongerige behøver ikke de øvrige Schengen-medlemsstaters samtykke, da en skriftlig meddelelse fra denne medlemsstats side hindrer (deaktiverer) mekanismen med tættere indbyrdes samarbejde.

56. Hvad angår uafhængighedsteorien har Det Forenede Kongerige hævdet, at den er i overensstemmelse med artikel 7 i protokollen om afsnit IV. Det primære formål med denne artikel er at fastslå, at Det Forenede Kongerige og Irland i henhold til protokollen om afsnit IV ikke har ret til at tilslutte sig de dele af Schengen-reglerne, som ifølge Rådets afgørelse 1999/436/EF har retsgrundlag i afsnit IV[7]. Hvis Det Forenede Kongerige imidlertid underretter Rådet skriftligt i henhold til Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1, andet afsnit, og hvis retsgrundlaget for det forslag, som Det Forenede Kongerige ønsker at deltage i, er afsnit IV EF, finder protokollen om afsnit IV anvendelse. Uafhængighedsteorien opfylder også kravet om overholdelse af Schengen-reglernes integritet. Det Forenede Kongeriges deltagelse i disse regler uden forudgående godkendelse udgør ikke en trussel mod Schengen-reglernes integritet, da denne integritet er tilstrækkeligt beskyttet ved artikel 10 EF og artikel 3, stk. 2, i protokollen om afsnit IV, som under visse omstændigheder giver mulighed for vedtagelse af visse foranstaltninger uden Det Forenede Kongeriges deltagelse.

57. Ifølge Det Forenede Kongerige indebærer Schengen-protokollen to mekanismer med tættere indbyrdes samarbejde. Den første mekanisme fastsættes i protokollens artikel 4 og finder anvendelse med henblik på integrationen af Schengen-reglerne i EU-retten og EF-retten. Den anden fastsættes i protokollens artikel 5 og vedrører udbygningen af Schengen-reglerne. Hvis der er tale om tiltrædelse af Schengen-reglerne, fastsættes i Schengen-protokollens artikel 4 og 5 en anden procedure, end hvis der er tale om en udbygning af disse regler.

58. Ifølge Det Forenede Kongerige kan Schengen-protokollens artikel 5 kun fortolkes således, at den udelukkende finder anvendelse på de foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i. Hvis denne artikel vedrørte de foranstaltninger, som Det Forenede Kongerige deltager i, burde den nemlig, som f.eks. artikel 2 i protokollen om Danmarks stilling, indeholde bestemmelser vedrørende de tilfælde, hvor Det Forenede Kongerige beslutter ikke at deltage i denne foranstaltning.

59. Det Forenede Kongerige har ligeledes bemærket, at fortolkningen af artikel 5 i overensstemmelse med teorien om underordning, som Rådet har foreslået, tilsidesætter proportionalitetsprincippet. Det Forenede Kongerige og Irland har gentagne gange deltaget i udbygningen af Schengen-reglerne uden at iværksætte proceduren i Schengen-protokollens artikel 4. De mange undtagelser, hvor deltagelsen er blevet godkendt uden iværksættelse af proceduren i protokollens artikel 4, beviser, at Schengen-reglernes integritet ikke har været truet.

7 — Afgørelse af 20.5.1999 om fastsættelse, i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union, af retsgrundlaget for hver af de bestemmelser og afgørelser, der udgør Schengen-reglerne (EFT L 176, s. 17).

60. Den vide og uklare fortolkning af begrebet en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne, som anvendes i Rådets praksis, er ligeledes i strid med retssikkerhedsprincippet. Den totrinstest, som Rådet anvender for at afgøre, om der er tale om en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne, er ikke i overensstemmelse med Schengen-protokollens artikel 5. Den anden del af testen, der skal fastslå, om der er tale om et tilfælde, som er af væsentlig betydning for den frie bevægelighed for personer i et område, hvor personovervågningen er afskaffet ved de fælles grænser, er alt for vag til at kunne leve op til kravene om retssikkerhed.

61. Det er korrekt, at Det Forenede Kongerige ikke ønsker den ophævelse af de indre grænser, som Schengen-staterne har gennemført, men dette ønske indebærer ikke en teoretisk risiko for Schengen-staterne for, at Schengen-reglernes integritet er truet.

62. Kun subsidiært for det tilfælde, at Domstolen vurderer, at uafhængighedsteorien er korrekt, mener Det Forenede Kongerige, at det følger heraf, at Schengen-protokollens artikel 5 ikke finder anvendelse på de relaterede foranstaltninger. Denne artikel finder kun anvendelse på integrerede foranstaltninger. Da den anfægtede forordning imidlertid ikke henhører under denne kategori, bør Det Forenede Kongerige deltage i vedtagelsen af forordningen.

B — *Intervenienterne, der har interveneret til støtte for Det Forenede Kongeriges påstande*

63. Irland har henvist til principperne for fortolkningen af internationale traktater, der er formuleret i artikel 31 og 32 i Wienerkonventionen af 1969 om traktatretten, og har hævdet, at der ikke er nogen grund til at fravige den klare ordlyd af Schengen-protokollens artikel 4 og 5. Irland støtter Det Forenede Kongeriges teori om, at protokollens artikel 4 og 5 er uafhængige af hinanden, med henvisning til artikel 8 i protokollen og artikel 6, stk. 2, i Rådets afgørelse 2002/192/EF[8]. Selv om denne afgørelse også omhandler foranstaltninger, som er en del af Schengen-reglerne, og som er vedtaget efter Schengen-protokollens ikrafttrædelse, betyder dette ikke, at en dynamisk fortolkning af Schengen-protokollen er tilstrækkelig. Rådet kan nemlig ikke ændre primærretten ved sin afgørelse. Irland har desuden gjort gældende, at Rådets praksis på uforholdsmæssig vis hindrer Irlands og Det Forenede Kongeriges deltagelse.

64. Slovakiet støtter Det Forenede Kongeriges synspunkter. Selv om en medlemsstat ikke deltager i Schengen-reglerne, bør dette ikke være et kriterium for udelukkelse af statens deltagelse i henhold til Schengen-protokollens artikel 5 eller artikel 3, stk. 1, i

8 — Rådets afgørelse af 28.2.2002 om anmodningen fra Irland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne (EFT L 64, s. 20).

protokollen om afsnit IV. Slovakiet har givet udtryk for, at der kræves yderligere faktorer for at gennemføre undersøgelsen, og har derfor foreslået en anden test, som vedrører Schengen-protokollens artikel 4 og 5. Når denne test er udført, kan et samarbejde på grundlag af Schengen-protokollens artikel 5 kun afvises, hvis det er uden for enhver rimelig tvivl, at Schengen-reglernes integritet og sammenhæng er truet. For at dette er tilfældet, skal det være tydeligt og direkte uforeneligt med målene i Schengen-reglerne, at en medlemsstat, som ikke er en Schengenstat, deltager, hvilket i praksis betyder, at funktionen og effektiviteten af en foranstaltning, der indgår i Schengen-reglerne, rent faktisk begrænses.

65. Slovakiet har ligeledes bemærket, at Rådets synspunkt, hvorefter Schengen-protokollens artikel 4 er relateret til deltagelsen i foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne, indebærer, at protokollens artikel 5 er overflødig.

C — Rådet

66. Polen, som kun har indgivet skriftlige indlæg i sag C-77/05, har bemærket, at denne sag rejser spørgsmål vedrørende den vage karakter af begrebet Schengen-reglerne og vedrørende Det Forenede Kongeriges deltagelse i Schengen-samarbejdet. Polen har gjort gældende, at der ikke er nogen klar definition af begrebet Schengen-reglerne, og at man i princippet ikke kan give noget klart svar på, om forordning nr. 2007/2004 er en del af Schengen-reglerne, eller blot en udvikling eller en udbygning. Schengen-reglerne er en række individuelle foranstaltninger og ikke et retsområde. Derfor henhører forordning nr. 2007/2004 ikke under noget område, men er en selvstændig foranstaltning uden tilknytning til de øvrige områder, der vedrører beskyttelsen af de ydre grænser. Ifølge Polen er det imidlertid muligt at fortolke forordning nr. 2007/2004 som en foranstaltning til udvikling af Schengen-reglerne. Det Forenede Kongeriges ret til at deltage i foranstaltninger på grundlag af Schengen-reglerne er en direkte følge af Schengen-protokollens artikel 5, og derfor er det ikke nødvendigt først at følge proceduren i protokollens artikel 4. Mangfoldigheden og heterogeniteten af forskellige staters deltagelse i Schengen-reglerne viser, at Schengen-reglerne er yderst fleksible. Men denne mangfoldighed udgør Schengen-reglerne som helhed. Derfor kan Polen ikke tilslutte sig det synspunkt, at Det Forenede Kongeriges deltagelse i forordning nr. 2007/2004 ville bringe Schengen-reglernes integritet i fare.

67. Rådet har gjort gældende, at den uafhængighedsteori, som Det Forenede Kongerige har fremført, ikke er forenelig med princippet om Schengen-reglernes integritet og ligeledes er i strid med strukturen og logikken i Schengen-protokollen og protokollen om afsnit IV. Uafhængighedsteorien

sætter princippet om Schengen-reglernes integritet på spil, og især hvis den anvendes sammen med en begrænsning af de integrerede foranstaltninger. Rådet har bestridt, at Schengen-protokollens artikel 5 tager sigte på at sikre Det Forenede Kongeriges og Irlands rettigheder, og mener i stedet, at formålet er at beskytte Schengen-staternes aktiviteter mod hindringer for udviklingen af det tættere indbyrdes samarbejde fra en eller flere staters side. At Schengen-protokollens artikel 5 har dette formål, fremgår af forskellen mellem artikel 4 og 5. Man kan derfor ikke gå ud fra, at Irland og Det Forenede Kongerige automatisk deltager efter at have underrettet Rådet.

68. Rådet mener, at formålet med Schengen-protokollens artikel 4 er at beskytte Schengen-reglernes integritet. Der er en klar årsagssammenhæng mellem ophævelsen af kontrollen ved de indre grænser og de ledsagende foranstaltninger.

69. Endvidere er foranstaltningerne vedrørende et tættere Schengen-samarbejde indbyrdes afhængige og forbundne. Derfor kan integriteten lide skade, selv om der ikke er tale om en foranstaltning, som Det Forenede Kongerige definerer som en integreret foranstaltning, men hvor det, efter at totrinskontrollen er udført, konstateres, at der er tale om et spørgsmål med tilknytning til den frie bevægelighed for personer på et område, hvor de indre grænser er ophævet.

70. Med henvisning til beskyttelsen af princippet om Schengen-reglernes integritet og sammenhæng har Rådet endvidere bemærket, at Det Forenede Kongerige efter en eventuel erklæring og en gennemførelse af proceduren i Schengen-protokollens artikel 4 ikke længere ensidigt kan trække sig ud (opt out) af udbygningen af disse regler. Som eksempel på en mulig mangel på sammenhæng under udbygningen af Schengen-reglerne har Rådet nævnt Det Forenede Kongeriges deltagelse i tilbagesendelsesforanstaltninger og landets manglende deltagelse i foranstaltninger vedrørende afvisning af ny indrejse i Den Europæiske Union.

71. Det overordnede eller underordnede forhold mellem Schengen-protokollens artikel 5 og 4 er ligeledes nødvendigt for at undgå at iværksætte mekanismen i artikel 4 inden for en procedure i henhold til artikel 5. Artikel 10 EF og samarbejdsprincippet er i denne henseende ikke tilstrækkelig beskyttelse af Schengen-reglernes integritet. Henvisningen til artikel 3, stk. 2, i protokollen om afsnit IV er fejlagtig, fordi protokollens artikel 7 begrænser protokollens anvendelsesområde i medfør af princippet om, at Schengen-protokollen i tilfælde af konflikt udgør en særbestemmelse i forhold til protokollen om afsnit IV. Opting in-mekanismen i artikel 3, stk. 1, i protokollen om afsnit IV vedrører kun foranstaltninger, der er vedtaget i henhold til afsnit IV EF, og ikke foranstaltninger på grundlag af Schengen-reglerne. Hvis man accepterede Det Forenede Kongeriges påstande vedrørende uafhængighedsteorien, ville artikel 7 i protokollen om afsnit IV ikke give mening. Det

Forenede Kongerige ville simpelthen kunne anvende artikel 3, stk. 1, i protokollen om afsnit IV og meddele sin hensigt om at deltage i foranstaltninger på grundlag af EF-traktatens afsnit IV, der samtidig er foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne. Herved ville beskyttelsen i Schengen-protokollens artikel 4 imidlertid blive undergravet.

72. Rådet har afvist Det Forenede Kongeriges påstande om en for vid og vag fortolkning af begrebet foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne og bemærket, at den enkle undersøgelse i to trin gør det muligt at fastslå, om der er tale om en sådan foranstaltning eller ikke. Inden for denne undersøgelse fastslås det, hvor tæt sammenhængen mellem den foreslåede foranstaltning og ophævelsen af kontrollen ved de indre grænser skal være, for at det kan anses for at være en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne. Det første trin i denne test består i at kontrollere, om Schengen-reglerne finder anvendelse på denne foranstaltning. Reglernes anvendelsesområde kan udledes af Rådets afgørelse af 17. maj 1999 om visse gennemførelsesbestemmelser til den aftale, som Rådet for Den Europæiske Union har indgået med Republikken Island og Kongeriget Norge om disse to staters associering i gennemførelsen, anvendelsen og den videre udvikling af Schengen-reglerne [9]. Andet trin i undersøgelsen består i at stille det spørgsmål, som blev stillet i en note af 22. oktober 1999 fra formandskabet, som blev behandlet og godkendt af Coreper, nemlig om der er tale om et spørgsmål af væsentlig betydning for den frie bevægelighed for personer inden for et område, hvor personkontrollen ved de indre grænser er ophævet, og hvor der er indført en fælles kontrolordning ved de ydre grænser, som Norge og Island også er tilknyttet. Rådets formål med denne undersøgelse er at sikre større sammenhæng ved behandlingen af retsakter henhørende under Schengen-samarbejdet. Undersøgelsen er en afgørende hjælp, når der skal vælges den rette procedure. Indvendingen om, at undersøgelsen blev udviklet til Det Blandede Udvalg for Norge og Island, er ikke holdbar. Der er ingen indholdsmæssig forskel mellem de foranstaltninger, der vedtages af det blandede udvalg, og foranstaltninger på grundlag af Schengen-protokollens artikel 5.

73. I Den Europæiske Union er der ikke noget retsgrundlag for den sondring mellem relaterede og integrerede foranstaltninger, som Det Forenede Kongerige har foreslået. Schengen-protokollen behandler Schengen-reglerne som en helhed. Rådet kunne have taget Det Forenede Kongeriges synspunkt i betragtning ved vedtagelsen af afgørelse 1999/435 [10], men gjorde det ikke.

9 — EFT L 176, s. 31.

10 — Rådets afgørelse af 20.5.1999 om definition af Schengen-reglerne med henblik på, i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union, at fastsætte retsgrundlaget for de bestemmelser og afgørelser, der udgør Schengen-reglerne (EFT L 176, s. 1).

74. Hvad angår Det Forenede Kongeriges påstand om deltagelse i foranstaltninger vedrørende Schengen-reglerne har Rådet forklaret, at Det Forenede Kongeriges situation kan fastsættes på grundlag af en særlig undersøgelse. Hvis der er tale om et forslag med hjemmel i EF-traktatens afsnit IV, som ikke indebærer en udvikling af Schengen-reglerne, kan Det Forenede Kongerige deltage (opt in) på grundlag af artikel 3, stk. 1, i protokollen om afsnit IV. Hvis der derimod er tale om et forslag, der indebærer en udvikling af Schengen-reglerne, vurderer Rådet Det Forenede Kongeriges situation på grundlag af Schengen-protokollens artikel 4. Hvis Det Forenede Kongerige deltager i en del af Schengen-reglerne som omhandlet i afgørelse 2000/365, kan denne stat deltage i vedtagelsen af retsakter uden forudgående særlig meddelelse. Hvis det derimod følger af en restriktiv afgørelse, at Det Forenede Kongerige ikke deltager i dette område af Schengen-reglerne, skal denne stat for at samarbejde følge proceduren i Schengen-protokollens artikel 4.

75. Ifølge Rådet kan Det Forenede Kongeriges deltagelse i vedtagelsen af foranstaltninger, der er en del af Schengen-reglerne, forklares i samarbejdets særlige karakter i de enkelte tilfælde. Forordning nr. 334/2002 [11] er f.eks. vedtaget med den gamle artikel 100 C EØF som retsgrundlag, inden Schengen-reglerne blev integreret i EU-lovrammen. De øvrige retsakter udgør snarere gennemførelsesforanstaltninger end retsakter eller retsakter, der kendetegnes ved deres anvendelsesområde. Afgørelse 2004/573/EF [12] er et eksempel herpå. Hvad angår direktiv 2001/40 [13] og beslutning 2004/191 [14] har Rådet forklaret, at der er tale om foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i. Deltagelsen i vedtagelsen af dette direktiv og denne beslutning er begrundet i, at dette direktiv udelukkende omhandler mulighed for gensidig anerkendelse af afgørelser om udsendelse fra landet af udlændinge. Det vedrører udvisning af tredjelandsstatsborgere, som kunne undgå udvisning ved blot at rejse til Det Forenede Kongerige.

76. Foranstaltninger i tilknytning til overvågning af personer ved de ydre grænser henhører under Schengen-reglerne. Blandt disse hører foranstaltninger på grundlag af artikel 2 i forordning nr. 2007/2004. Det Forenede Kongerige har ikke anmodet om at deltage i denne del af Schengen-reglerne, hvorfor sådanne foranstaltninger ikke er omtalt i afgørelse 2000/365. Agenturets

11 — Rådets forordning (EF) af 18.2.2002 om ændring af forordning (EF) nr. 1683/95 om ensartet udformning af visa (EFT L 53, s. 7).

12 — Rådets afgørelse af 29.4.2004 om tilrettelæggelse af samlet udsendelse med fly fra to eller flere medlemsstaters område af tredjelandsstatsborgere, der er omfattet af individuelle afgørelser om udsendelse (EUT L 261, s. 5).

13 — Rådets direktiv 2001/40/EF af 28.5.2001 om gensidig anerkendelse af afgørelser om udsendelse af tredjelandsstatsborgere (EFT L 149, s. 34).

14 — Rådets beslutning af 23.2.2004 om fastsættelse af kriterier og nærmere bestemmelser for udligning af de finansielle ubalancer, som følger af anvendelsen af direktiv 2001/40/EF om gensidig anerkendelse af afgørelser om udsendelse af tredjelandsstatsborgere (EUT L 60, s. 55).

opgaver og beføjelser vedrører disse områder, som klart hænger sammen med den frie bevægelighed for personer. Så længe Det Forenede Kongerige ikke har accepteret, i henhold til Schengen-protokollens artikel 4, at samarbejde inden for en del af Schengen-reglerne, der vedrører de ydre grænser, kan Fællesskabet ikke vedtage lovgivning for overvågningen af Det Forenede Kongeriges ydre grænser eller Det Forenede Kongeriges deltagelse i fællesskabspolitikken for forvaltning af de ydre grænser.

D — *Intervenienterne, der har interveneret til støtte for Rådets påstande*

77. Ifølge *Kommissionen* er Rådets synspunkt med hensyn til forholdet mellem Schengen-protokollens artikel 4 og 5 korrekt. Selv om den ikke deler Det Forenede Kongeriges synspunkt vedrørende sondringen mellem integrerede og relaterede foranstaltninger, mener Kommissionen, at forordning nr. 2007/2004 er en integreret foranstaltning, da den er uløseligt forbundet med den del af Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i.

78. Ifølge Kommissionen er integritetsprincippet det væsentligste kendetegn ved det tættere indbyrdes samarbejde og Schengen-reglerne. Derfor består det grundlæggende formål i at beskytte Schengen-reglernes integritet og sammenhæng. Ganske vist foreskrives i Schengen-protokollen et delvist samarbejde med enkelte medlemsstater, som ikke er Schengen-stater, men disse stater får ikke lov til frit at vælge, hvilke områder de vil samarbejde om, hvilket ville skabe en blanding af samarbejder og forpligtelser.

79. Schengen-protokollens artikel 5 bør ikke betragtes separat uden for sammenhæng med hele protokollen. Derfor er uafhængighedsteorien, hvad angår forholdet mellem protokollens artikel 4 og 5, forkert.

80. Endelig har Kommissionen bemærket, at udtrykket »til udbygning af Schengen-reglerne« i Schengen-protokollens artikel 5 ikke er upræcist og vagt. Vedtagelsen af retsakter med denne artikel som retsgrundlag, hvis der er tale om udbygning af Schengen-reglerne, adskiller sig ikke fra fastsættelsen af retsgrundlaget for vedtagelse af en EF-retsakt. Rådets undersøgelse i to trin til at fastslå, om der er tale om udbygning, er korrekt og fyldestgørende.

81. *Kongeriget Spanien* har gjort gældende, at Det Forenede Kongeriges fortolkning af Schengen-protokollen indebærer, at foranstaltninger, som allerede er vedtaget inden for det tættere indbyrdes samarbejde, under-

mineres, og således bringer princippet om Schengen-reglernes integritet i fare. Kongeriget Spanien har hævdet, at Det Forenede Kongeriges ret til deltagelse ikke er baseret på en systematisk, teleologisk og historisk fortolkning af Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1. Hvad angår Det Forenede Kongeriges subsidiære påstande mener Kongeriget Spanien imidlertid, at det er Rådet, der bør afgøre, hvilke foranstaltninger der er omfattet af udbygningen af Schengen-reglerne.

V — Generaladvokatens analyse

82. Amsterdam-traktaten tilførte den europæiske integration en ny dimension [15]. Ved denne traktat blev der indført et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed. [16] I den juridiske litteratur understreges det, at begrebet tættere indbyrdes samarbejde også finder anvendelse på udviklingen og udbygningen af dette område [17], som på baggrund af Schengen-protokollens artikel 1 også omfatter Schengen-reglerne [18]. Disse regler blev fra begyndelsen udformet som en del af folkeretten og integreret i EU-retten og EF-retten i henhold til Schengen-protokollens artikel 2, stk. 1 [19].

83. I sagerne C-77/05 og C-137/05 skal Domstolen fortolke protokoller, som især vedrører det tættere indbyrdes samarbejde [20]. Den traditionelle opfattelse af europæisk integration er en følge af begrebet ensartet integration, dvs. indførelsen af ensartede regler, der gælder på samme måde i alle medlemsstaterne [21]. På grund af de ændringer af oprettelsestraktaterne, hvorved der er sket en udbygning af Det Europæiske Fællesskabs og Den Europæiske Unions beføjelser,

15 — D. Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 2004, s. 79. Forfatteren mener, at der er tale om en ny integrationsfase efter indførelsen af det indre marked og Den Monetære Union.

16 — Det skal bemærkes, at Amsterdam-traktaten med henblik på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed medførte en ændring af afsnit VI EU og indførelsen af et nyt afsnit IV i EF-traktaten.

17 — H. Bribosia, »Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam«, *Cahiers de droit européen*, 1-2/2000, s. 57, på s. 88. Vedrørende betydningen af et tættere indbyrdes samarbejde kan jeg desuden henvise til den tidligere formand for Europa-Kommissionen, Jacques Delors' tale i marts 2007 i det belgiske senat, offentliggjort i sammendrag i Agence Europe nr. 9407 af 17.4.2007.

18 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 83. Forfatteren henviser ligeledes til artikel 43, litra i), EU, hvorefter et forslag om tættere indbyrdes samarbejde ikke berører bestemmelserne i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union.

19 — M. Boer den, »Not Merely a Matter of Moving House: Police Co-operation from Schengen to the TEU«, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 7(2000), s. 336, på s. 337; T. Bender, »Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza«, *ZaöRV* 2001, s. 730, på s. 743; M. Gautier, »Accords de Schengen«, artikel nr. 2630 i JurisClasseur Europe Traité, punkt 38; D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 82. Sidstnævnte understreger, at Schengen-protokollen finder anvendelse på første og tredje søjle og derfor er vedtaget som bilag til EU- og EF-traktaten.

20 — I sin dom af 31.1.2006, sag C-503/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1097, præmis 34, fastslog Domstolen, at »Schengen-reglerne kun finder anvendelse, såfremt og i det omfang de er forenelige med unions- og fællesskabsretten«. Schengen-protokollens artikel 1 fastsætter, at det tættere indbyrdes samarbejde inden for anvendelsesområdet for Schengen-reglerne skal gennemføres inden for Unionens institutionelle og juridiske rammer og under overholdelse af traktaterne. Denne bestemmelse er et konkret udtryk for det princip, der er fastsat i artikel 43, stk. 1, EU, hvorefter det tættere indbyrdes samarbejde overholder disse traktaters principper og Unionens fælles institutionelle ramme.

21 — T. Bender, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 730, 731 og 767.

og på grund af de seneste udvidelser af Unionen, som medfører en langt større heterogenitet i strukturer og interesser, gælder begrebet ensartet integration ikke længere på samme måde, som dengang Det Europæiske Økonomiske Fællesskab kun talte seks eller ni medlemmer [22]. Det tættere indbyrdes samarbejde er det juridiske udtryk for at skabe balance mellem udvidelse og udbygning af Unionen [23]. Ifølge den juridiske litteratur udgør Schengen-reglerne en særlig, ændret form for tættere indbyrdes samarbejde, som visse medlemsstater har indført ved internationale traktater [24], ved aftalen undertegnet i Schengen den 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (herefter »Schengen-aftalen«) og ved konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, indgået den 19. juni 1990 (herefter »gennemførelseskonventionen«) uden for det daværende EF's og det nuværende EU's institutionelle rammer [25]. Siden Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse er begge aftaler ophørt med at eksistere som selvstændige folkeretlige retsakter [26].

84. For det første skal jeg gøre opmærksom på, at der i primærretten ikke sondres mellem integrerede foranstaltninger (Schengen-integral measures) og relaterede foranstaltninger (Schengen-related measures). Det Forenede Kongerige har også gjort opmærksom på dette og har i replikken hævdet, at denne sondring er et analyseredskab, der kan bruges til at definere de enkelte tilfælde, hvor det er berettiget at udelukke Irland og Det Forenede Kongerige fra at deltage i en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne [27].

85. I Schengen-protokollens artikel 5 omtales forslag og initiativer til udbygning af Schengen-reglerne [28]. Under retsmødet talte alle parterne imidlertid om »udvikling« af Schengen-reglerne. Det er derfor nødvendigt at afgøre, om begreberne »udbygning af

22 — J-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3. udg., Paris, 2004, s. 161, hvori det hævdes, at det tættere indbyrdes samarbejde er en konsekvens af, at alle medlemsstaterne ikke kan gå lige hurtigt frem med integrationen.

23 — Blanke, afsnit VII, Dispositions sur la coopération renforcée, i: Grabitz/Hilf, punkt 1.

24 — Med henvisning til artikel 134 i gennemførelseskonventionen fastholdes det i den juridiske litteratur, at Schengen-reglerne helt fra starten ikke var i strid med fællesskabsretten (B. Van Simaeys, J.Y. Carlier, »Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice«, i Lejeune, Y. (red.): *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruxelles, 1999, s. 250).

25 — Blanke, nævnt ovenfor i fodnote 23, punkt 9; M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 1 og 2. Der er foregået en udvikling uden for rammerne af oprettelsestraktaterne, fordi Fællesskabet, selv om det havde kompetence inden for den frie bevægelighed for personer, endnu ikke havde kompetence til at lovgive om tredjelandsstatsborgeres retlige situation.

26 — M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 3. Forfatteren gør opmærksom på, at de regler, der var resultatet af Schengen-aftalerne, blev integreret i Den Europæiske Unions institutionelle rammer ved Amsterdam-traktaten.

27 — Replikken i sag C-77/05, punkt 72.

28 — I den engelske sprogudgave anvendes følgende formulering: »Proposals and initiatives to build upon the Schengen *acquis*«; på fransk, »Les propositions et initiatives fondés sur l'acquis de Schengen«; på tysk, »Vorschläge und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands«; på italiensk, »Le proposte e le iniziative che si baseranno sull'acquis di Schengen«, på spansk, »Las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen«.

Schengen-reglerne« og »udvikling af Schengen-reglerne« er synonyme.

86. I afledt ret, f.eks. i betragtning 6 til Rådets direktiv 2001/51/EF af 28. juni 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til artikel 26 i konventionen om gennemførelsen af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 [29] (herefter »direktiv 2001/51«), er der i den engelske og spanske udgave anvendt samme udtryk som i Schengen-protokollens artikel 5, mens dette ikke er tilfældet i den slovenske, franske, tyske og italienske udgave [30]. I betragtning 13 til Rådets forordning (EF) nr. 377/2004 af 19. februar 2004 om oprettelse af et netværk af indvandringsforbindelsesofficerer [31] (herefter »forordning nr. 377/2004«) anvendes i den engelske, franske, italienske og spanske udgave samme udtryk som i Schengen-protokollen, mens der i den slovenske og tyske udgave er anvendt en anden ordlyd [32]. I betragtning 12 til Rådets beslutning 2005/267/EF af 16. marts 2005 om oprettelse af et sikkert, webbaseret informations- og koordineringsnet for medlemsstaternes indvandringsmyndigheder [33] (herefter »beslutning 2005/267«) nævnes foranstaltninger til udbygning af bestemmelserne i Schengen-reglerne om bekæmpelse af organiseret ulovlig indvandring [34]. I den engelske, franske, italienske og spanske udgave anvendes, i modsætning til den slovenske og tyske udgave, samme ordlyd som i protokollens artikel 5.

87. Jeg skal gøre opmærksom på, at indholdet af de sprogudgaver, hvor den af Schengen-reglerne afledte ret ikke anvender den samme ordlyd, f.eks. den tyske og den italienske udgave af Schengen-protokollen og de afledte retsakter, der er nævnt i punkt 86, er helt identisk med indholdet af de sprogudgaver, hvor der er anvendt samme ordlyd, f.eks. den engelske udgave af disse retsakter. Hvis der var forskel med hensyn til indholdet i disse retsakter, fordi der var anvendt forskellig ordlyd i de forskellige sprogudgaver, ville man være nødt til at sammenligne sprogudgaverne med henblik

29 — EFT L 187, s. 45.

30 — I den slovenske sprogudgave »Ta direktiva pomeni nadaljnji razvoj schengenskega pravnega reda [...]«; i den engelske udgave »This Directive builds on the Schengen acquis [...]«; på fransk »La présente directive constitue un développement de l'acquis de Schengen [...]«; på tysk, »Diese Richtlinie stellt eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands [...]«; på italiensk, »Il presente strumento rappresenta uno sviluppo dell'acquis di Schengen [...]«, og på spansk, »La presente Directiva constituye un desarrollo del acervo de Schengen [...]«.

31 — EUT L 64, s. 1.

32 — I den slovenske udgave »Ta uredba je akt, ki temelji na schengenskem pravnem redu [...]«; i den engelske udgave »This Regulation constitutes an act building on the Schengen acquis [...]«; i den franske udgave »Le présent règlement constitue un acte fondé sur l'acquis de Schengen [...]«; i den tyske udgave, »Diese Verordnung stellt einen auf dem Schengen-Besitzstand aufbauenden [...] Rechtsakt [...]«; på italiensk »Il presente regolamento costituisce un atto basato sull'acquis di Schengen [...]«; på spansk, »El presente Reglamento constituye un acto que desarrolla el acervo de Schengen [...]«.

33 — EUT L 83, s. 48.

34 — I den engelske udgave »[...] to the extent that its measures develop provisions of the Schengen acquis against the organisation of illegal immigration [...]«; på fransk, »[...] pour autant que ses mesures développent les dispositions de l'acquis de Schengen afin de lutter contre l'organisation de l'immigration illégale [...]«; på tysk, »[...]deren Maßnahmen eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung darstellen [...]«; på italiensk, »[...] nella misura in cui le sue misure sviluppano le disposizioni dell'acquis di Schengen volte a combattere l'organizzazione di immigrazione illegale [...]«, på spansk, »[...] en la medida en que desarrolla las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal [...]«.

på fortolkningen af de fællesskabsretlige bestemmelser [35]. Når der er uoverensstemmelse mellem udgaverne, skal den pågældende bestemmelse fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i [36]. Schengen-protokollens artikel 5 tilsigter således at indføre en særlig procedure for Det Forenede Kongerige og Irland med henblik på deres deltagelse i vedtagelsen af nye retsakter, der medfører en udbygning, og således en udvikling, af Schengen-reglerne.

88. Jeg skal også først og fremmest gøre opmærksom på, at den foreliggende sag vedrører fortolkningen af protokoller og erklæringer, der er knyttet som bilag til EU-traktaten og EF-traktaten. I den juridiske litteratur opdeles protokoller og erklæringer i to kategorier af bilag til oprettelsestraktaterne [37]. I henhold til artikel 311 EF udgør de protokoller [38], der i gensidig forståelse mellem medlemsstaterne knyttes som bilag til denne traktat, en integrerende del af traktaten [39]. I Miraglia-dommen [40] anvendte Domstolen Schengen-protokollens artikel 2 som en del af primærretten. Erklæringer, der er knyttet som bilag til EF- og EU-traktaten, skal imidlertid ikke behandles på samme måde som protokollerne [41], da de ikke er bindende [42]. De erklæringer, som er vedtaget af regeringskonferencen, udgør ikke en integrerende del af oprettelsestraktaterne, men kan være af betydning ved fortolkningen af traktaterne i henhold til artikel 31, stk. 2, litra b), i Wienerkonventionen om traktatretten [43]. Forskellen mellem en protokol og en erklæring er især vigtig, fordi institutionerne skal overholde protokollerne under udførelsen af deres lovgivningsarbejde [44].

35 — Her skal jeg henvise til dom af 2.4.1998, sag C-296/95, EMU TABAC m.fl., Sml. I, s. 1605, præmis 36. Vedrørende en forskel mellem den danske og den græske udgave af Rådets direktiv 92/12/EØF af 25.2.1992 om den generelle ordning for punktafgiftspligtige varer, om oplægning og omsætning heraf samt om kontrol hermed (EFT L 76, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 92/108/EØF af 14.12.1992 (EFT L 390, s. 124) og direktiv 92/81/EØF fastslog Domstolen, at »opfattelse[n], hvorefter der bør ses bort fra de nævnte to sproglige udgaver, strider [...] mod Domstolens praksis, hvorefter nødvendigheden af en ensartet fortolkning af fællesskabsforordningerne udelukker, at en bestemmelses ordlyd i tvivlstilfælde betragtes isoleret, idet det nævnte hensyn tværtimod kræver, at ordlyden fortolkes og anvendes på baggrund af udgaverne på de andre officielle sprog«.

36 — Dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 14, og af 7.12.1995, sag C-449/93, Rockfon, Sml. I, s. 4291, præmis 28). Rockfon-sagen vedrørte fortolkningen af artikel 1 i Rådets direktiv 75/129/EØF af 17.2.1975 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser (EFT L 48, s. 29). Fortolkningen drejede sig om begrebet »virksomhed« i denne artikel, dvs. »establishment« i den engelske udgave og »lo stabilimento« i den italienske. Efter en nøje granskning af de forskellige sprogudgaver af direktivet fastslog Domstolen, at »[d]et fremgår af en sammenligning af de anvendte udtryk, at de har et forskelligt begrebsindhold, nemlig henholdsvis bedrift, virksomhed, arbejdsenhed, lokal enhed eller arbejdsplads«.

37 — V. Michel, Actes annexés au traité, artikel nr. 150 i JurisClasseur Europe, Traité, punkt 3.

38 — Ifølge den tyske juridiske litteratur har EF-retten ikke nogen definition af begrebet protokol som omhandlet i artikel 311 EF (Weber, i von den Groeben/Schwarze, artikel 311, punkt 1).

39 — Samme sted, punkt 36. Ifølge forfatteren har protokoller samme retlige værdi som oprettelsestraktaterne.

40 — Dom af 10.3. 2005, sag C-469/03, Sml. I, s. 2009.

41 — Weber, nævnt ovenfor i fodnote 38, punkt 2.

42 — K. Lenaerts, P. Van Nuffel, R. Bray, *Constitutional Law of the European Union*, 2. udg., London, 2005, s. 710; C. Blumann, L. Dubois, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2. udg., Paris, 2005, s. 394.

43 — Weber, nævnt ovenfor i fodnote 38, punkt 3; V. Michel, nævnt ovenfor i fodnote 37, punkt 42. I sin dom af 30.4.1996, sag C-58/94, Nederlandene mod Rådet, Sml. I, s. 2169, hvor Kongeriget Nederlandene bl.a. havde anlagt sag ligeledes med påstand om annullation af Rådets afgørelse 93/731/EF af 20.12.1993 om aktindsigt i Rådets dokumenter (EFT L 340, s. 43), henviste Domstolen til erklæring nr. 17 om retten til adgang til oplysninger, der er optaget som bilag til slutakten fra den konference for medlemsstaternes regeringsledere, hvor EU-traktaten blev vedtaget.

44 — V. Michel, nævnt ovenfor i fodnote 37, punkt 37.

A — *Formaliteten*

89. Det Forenede Kongerige har i egenskab af medlemsstat og i henhold til artikel 230 EF under overholdelse af fristen anlagt annullationssøgsmål til prøvelse af forordning nr. 2007/2004, som er vedtaget af Rådet. På baggrund af ordlyden af artikel 230 EF kan sagen antages til realitetsbehandling [45].

B — *Visse andre medlemsstaters retlige situation inden for rammerne af Schengen-reglerne*

90. Inden jeg analyserer Det Forenede Kongeriges og Irlands situation inden for rammerne af Schengen-reglerne, skal jeg kort gøre rede for visse andre staters situation. Der findes nemlig flere former for samarbejde inden for Schengen-reglerne, som kun gælder for bestemte medlemsstater.

1. Kongeriget Danmark

91. Kongeriget Danmark tilslutter sig princippet om ophævelse af kontrollen ved de indre grænser, men accepterer ikke, at den såkaldte fællesskabsmetode inden for retlige og indre anliggender finder anvendelse på Schengen-reglerne [46]. I henhold til Schengen-protokollens artikel 1 er Kongeriget Danmark en Schengen-stat, men protokollens artikel 3 indeholder, som lex specialis, bestemmelser om Danmarks særlige situation.

92. En særprotokol om Danmarks situation er ligeledes knyttet som bilag til Amsterdamtraktaten. I henhold til denne protokols artikel 5 udgør Schengen-reglerne for Danmarks vedkommende en del af folkeretten [47]. På grund af integritetsprincippet har de andre Schengen-stater i henhold til Schengen-protokollens artikel 5, stk. 2, ret til at påberåbe sig reciprocitetsprincippet (tu quoque), hvis Danmark beslutter at undlade at gennemføre en beslutning truffet af Rådet vedrørende et forslag eller et initiativ til udbygning af Schengen-reglerne.

45 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 222, omtaler også andre synspunkter i den juridiske litteratur. Hvis en retsakt, der vedrører det tættere indbyrdes samarbejde, ikke er gyldig i en medlemsstat, kan denne medlemsstat, ifølge denne teori, kun anfægte retsakten, hvis den går ud over de retlige rammer for det tættere indbyrdes samarbejde, fordi den sekundærretlige akt er vedtaget »ultra vires«, eller hvis der er sket en tilsidesættelse af de medlemsstaters beføjelser, rettigheder og forpligtelser, som ikke deltager i det tættere indbyrdes samarbejde. Dette synspunkt kan ikke godtages, da det er i strid med den klare ordlyd af artikel 230 EF.

46 — Samme sted, s. 103; M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 39. Begge forfattere gør opmærksom på, at Danmark ikke accepterer, at Schengen-reglerne er blevet en del af EF-retten, på grund af denne rets særlige karakteristika. Danmark accepterer således ikke den overnationale metode inden for den første søjle, men foretrækker den mellemstatslige metode fra den tredje søjle.

47 — J.-P. Jacqué, nævnt ovenfor i fodnote 22, s. 163.

2. De nye medlemsstater

93. Da dette søgsmål er anlagt, før traktaten om Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse af Den Europæiske Union trådte i kraft, er denne analyse, i henhold til princippet tempus regit actum, begrænset til Den Tjekkiske Republiks, Estlands, Cyperns, Letlands, Litauens, Ungarns, Maltas, Polens, Sloveniens og Slovakiets tiltrædelse af Den Europæiske Union. Bulgariens og Rumæniens situation er imidlertid i alt væsentligt den samme som for de medlemsstater, der tiltrådte EU i 2004 [48].

94. Schengen-protokollens artikel 8 indeholder generelle bestemmelser om de nye medlemsstaters situation. Denne artikel bestemmer, at »[i] forbindelse med forhandlingerne om optagelse af nye medlemsstater i Den Europæiske Union betragtes Schengenreglerne og yderligere foranstaltninger, der træffes af institutionerne inden for rammerne heraf, som gældende regler, der skal accepteres fuldt ud af alle stater, der søger om optagelse« [49].

95. De bestemmelser i Schengen-reglerne, som ikke er omhandlet i artikel 3, stk. 1, i akten om vilkårene for tiltrædelse, er bindende for de nye medlemsstater fra tiltrædelsesdatoen, men finder først anvendelse, når Rådet har truffet afgørelse herom, efter at det i overensstemmelse med de relevante Schengen-evalueringsprocedurer er blevet sikret, at de nødvendige betingelser for gennemførelse af alle de pågældende regler er opfyldt i den nye stat og efter høring af Europa-Parlamentet [50]. Primærretten fastsætter således, at de nye medlemsstater bliver Schengen-stater, når de opfylder betingelserne i Schengen-evalueringsprocedurerne [51]. Det er derfor mere korrekt at betegne de nye medlemsstaters situation som en overgangsperiode. I denne forbindelse har Polen således ikke ret i det

48 — M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 36.

49 — Samme sted. De ti nye medlemsstater, der tiltrådte EU i 2004, deltager med andre ord i Schengen-reglerne fra og med dagen for deres tiltrædelse, da disse regler er gældende fællesskabsbestemmelser, som de skal acceptere. Jf. desuden artikel 3, stk. 1, i akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Estlands, Cyperns, Letlands, Litauens, Ungarns, Maltas, Polens, Sloveniens og Slovakiets tiltrædelse af Den Europæiske Union og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union.

50 — Dette er fastsat i artikel 3, stk. 2, første afsnit, i akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union.

51 — T. Mariani, *Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la politique européenne des visas* (dok. E 2811, E 3023, E 3159 og E 3208), Paris, 2007, s. 20.

synspunkt, at dette viser samarbejdets mangfoldighed og heterogenitet.

3. Island og Norge

96. Island og Norge danner sammen med Sverige, Finland og Danmark den nordiske pasunion, hvor kontrollen ved de indre grænser har været ophævet siden 1957 [52]. Sverige, Finland og Danmark blev således også Schengen-stater ved Schengen-aftalens undertegnelse og ikrafttræden.

97. Efter Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse har Schengen-protokollens artikel 6 været gældende for situationen i Island og Norge. I henhold til denne artikel har de to stater mulighed for at deltage i Schengen-reglerne, selv om ingen af dem er medlem af Den Europæiske Union. På denne baggrund er protokollens artikel 6 snarere en folkeretlig bestemmelse, der omhandler forholdet mellem EU og to tredjestater, end en EF-retlig eller EU-retlig bestemmelse.

52 — B. Van Simaeys, J.Y. Carlier, nævnt ovenfor i fodnote 24, s. 258. Den nordiske pasunion knytter de nordiske lande sammen, således at borgerne kan passere de fælles grænser uden pas.

C — *Det Forenede Kongeriges og Irlands situation i Schengen-reglerne*

98. Det Forenede Kongerige og Irland deltager ikke i politikken om ophævelse af personkontrollen ved de indre grænser og ønsker ikke at være bundet af EF-bestemmelserne om tredjelandsstatsborgere [53]. I henhold til Schengen-protokollen er Schengen-reglerne således ikke bindende for Det Forenede Kongerige og Irland [54]. I henhold til Schengen-protokollens artikel 4 kan Det Forenede Kongerige og Irland dog til enhver tid anmode om at deltage i nogle af eller alle Schengen-reglerne.

99. I henhold til protokollen om afsnit IV kan Det Forenede Kongerige og Irland vælge ikke at deltage (opt out) i retsakter, der er

53 — M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 31, hvori der ligeledes henvises til protokollen om anvendelsen af visse aspekter af artikel 14 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, hvorefter Det Forenede Kongerige og Irland kan opretholde overvågningen af personer, der passerer deres grænser.

54 — Samme sted, punkt 30, 31 og 32.

vedtaget på grundlag af EF-traktatens afsnit IV [55]. Afgørelser, der er truffet på grundlag af EF-traktatens afsnit IV, er ikke bindende for disse to stater [56].

100. Det Forenede Kongerige og Irland deltager i det, der kan kaldes kompensatoriske foranstaltninger inden for Schengen-reglerne, og den fremtidige udvikling af disse [57]. I den juridiske litteratur beskrives Det Forenede Kongeriges standpunkt på den måde, at denne stat er imod fuldstændig fri bevægelighed for personer uden overvågning ved de indre grænser, men gerne vil deltage i den repressive del af bestemmelserne om fri bevægelighed [58].

101. Rådet har taget hensyn til Det Forenede Kongeriges ønske og vedtaget afgørelse 2000/365, hvorved denne stat deltager i nogle af Schengen-reglernes bestemmelser. Denne afgørelses artikel 8, stk. 2, indeholder en klar bestemmelse om, at Det Forenede Kongerige anses for i henhold til artikel 5 i Schengen-protokollen uigenkaldeligt at have meddelt formanden for Rådet, at det ønsker at deltage i alle forslag og initiativer, som bygger på de i artikel 1 i afgørelse 2000/365 nævnte Schengen-regler [59].

D — *Forholdet mellem Schengen-protokollens artikel 4 og 5*

102. I begge sager drejer spørgsmålet sig om forholdet mellem Schengen-protokollens artikel 4 og 5, der begge vedrører Det Forenede Kongeriges og Irlands situation. Artikel 5, stk. 1, indeholder en slags ius variandi, dvs. valgfrihed for Det Forenede Kongerige og Irland hvad angår nye retsakter inden for Schengen-reglerne [60]. I modsætning til, hvad der er tilfældet i forbindelse med vedtagelsen af allerede eksisterende retsakter på området, er de andre deltagende medlemsstaters eller Kommissionens samtykke ikke nødvendig for Det Forenede Kongeriges og/eller Irlands deltagelse i henhold til Schengen-protokollens artikel 5. I

55 — Artikel 1 i protokollen om afsnit IV.

56 — Artikel 2 i protokollen om afsnit IV. Det Forenede Kongerige kan således i henhold til Amsterdam-traktatens bestemmelser undlade at deltage i Schengen-reglerne, men kan også vælge ikke at deltage (opt out) hvad angår hele området for frihed, sikkerhed og retfærdighed (D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 90).

57 — I D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 82, forklares, at Schengen-reglernes indhold ikke er begrænset til ophævelse af de indre grænser og fælles forvaltning af de ydre grænser. Reglerne indeholder også foranstaltninger inden for politisamarbejde, visumpolitik, informationsudveksling inden for rammerne af Schengen-informationssystemet (SIS) og SIRENE-nettet, som indeholder oplysninger om tredjelandsstatsborgere. I en anden del af den juridiske litteratur gøres der imidlertid rede for, at disse foranstaltninger på visse områder udgør et mere vidtrækkende fænomen, som vedrører Unionen som helhed og således ikke kun har med Schengen-reglerne at gøre (I M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 84, omtales f.eks. bekæmpelse af ulovlig indvandring af tredjelandsstatsborgere på medlemsstaternes område).

58 — M. Gautier, nævnt ovenfor i fodnote 19, punkt 32.

59 — Artikel 1 i afgørelse 2000/365 omhandler de bestemmelser i Schengen-reglerne, som finder anvendelse på Det Forenede Kongerige. Jf. desuden Rådets afgørelse 2004/926/EF af 22.12.2004 om iværksættelse af nogle af Schengen-reglerne i Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (EUT L 395, s. 70).

60 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 96.

henhold til protokollens artikel 5, stk. 1, kræves blot, at Det Forenede Kongerige eller Irland skriftligt meddeler deres ønske om at deltage i forslag og initiativer til udbygning af Schengen-reglerne. Når de har givet denne skriftlige meddelelse, har Det Forenede Kongerige og Irland de samme rettigheder og forpligtelser som de øvrige Schengen-stater og kan deltage i vedtagelsen af retsakterne. Det betyder i sidste ende, at de med deres adfærd kan forsinke processen og endog blokere vedtagelsen af alle Schengen-foranstaltninger [61].

103. Den juridiske litteratur og retspraksis har endnu ikke givet udtryk for en holdning til spørgsmålet, om Schengen-protokollens artikel 5, der fastsætter en mekanisme med en ensidig hensigtserklæring, også gælder for retsakter til udvikling af eksisterende Schengen-regler, som Det Forenede Kongerige og Irland ikke har tilsluttet sig i henhold til protokollens artikel 4. I den juridiske litteratur går man ud fra den antagelse, at Det Forenede Kongerige og Irland ifølge en logisk og systematisk begrænsning bør nægtes deltagelse i udviklingen i henhold til Schengen-protokollens artikel 5, såfremt denne udbygning af Schengen-reglerne ikke kan eksistere selvstændigt. En lignende situation opstår, hvis den pågældende udbygningsforanstaltning ikke kan iværksættes uden en samtidig anvendelse af foranstaltninger og retsakter, som ikke finder anvendelse på Irland og Det Forenede Kongerige [62].

104. På den ene side gøres det i den juridiske litteratur gældende, at Det Forenede Kongerige og/eller Irland kun kan deltage i disse retsakter, efter at proceduren i Schengen-protokollens artikel 4 er iværksat [63]. På den anden side gøres der imidlertid opmærksom på, at det ikke er sikkert, at artikel 4 kan anvendes på vedtagelsen af retsakter til udbygning af Schengen-reglerne, da den, rent systematisk, kommer før Schengen-protokollens artikel 5, som vedrører muligheden for udbygning [64]. I den engelske juridiske litteratur understreges det bl.a., at Det Forenede Kongeriges deltagelse i foranstaltninger til udbygning ikke kræver Schengen-staternes samtykke [65], hvilket derimod er kendetegnende for Schengen-protokollens artikel 4.

61 — Samme sted. Forfatteren har bemærket, at forbuddet mod blokering, som ganske vist gælder for andre dele af det retslige samarbejde inden for området for frihed, sikkerhed og retfærdighed, ikke finder anvendelse på Schengen-reglerne på grund af Schengen-protokollens særlige karakter, der er fastsat i artikel 7 i protokollen om afsnit IV.

62 — Samme sted, s. 97. Forfatteren henviser ligeledes til det synspunkt, at kravet i Schengen-protokollens artikel 4 om samtykke fra Schengen-staterne bør udvides til at omfatte artikel 5. Dette ville i sidste instans indebære, at artikel 4 og 5 har forskellige anvendelsesområder i overensstemmelse med uafhængighedsteorien.

63 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 98.

64 — M. Schauer, *Schengen — Maastricht — Amsterdam, Auf dem Weg zu einer flexiblen Union*, Wien, 2000, s. 215. Forfatteren til dette studie antager, at artikel 5 udgør lex specialis i forhold til artikel 4 i Schengen-protokollen.

65 — M. Dougan, »Union Competences«, i: A. Arnull, A. Dashwood, M. Dougan, M. Ross, E. Spaventa, D. Wyatt, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5. udg., London, 2006, s. 115. Forfatteren ser spørgsmålet om Det Forenede Kongeriges situation i Schengen-reglerne som en del af et nyt princip om fleksibel organisation i Unionen. Han ser i Schengen-protokollen et fænomen, som kan kaldes primærfleksibilitet, da der er tale om en fleksibilitet, som følger af oprettelsestraktaterne.

105. Ved en nærmere analyse fremgår det imidlertid, at anvendelsesområdet for den ius variandi, som Det Forenede Kongerige råder over i medfør af Schengen-protokollens artikel 5, er mere snævert end ved første øjekast.

106. Det står klart, at Det Forenede Kongerige og Irland kan deltage i udbygningen af en foranstaltning inden for Schengen-reglerne, som disse stater deltager i i medfør af Schengen-protokollens artikel 4.

107. Situationen er imidlertid en anden, hvis Det Forenede Kongerige og/eller Irland ikke deltager i medfør af artikel 4 i det område, som udbygningen vedrører. Det er kun muligt at anvende proceduren i Schengen-protokollens artikel 5 uden at anvende artikel 4, hvis der er tale om en retsakt til udbygning af disse regler, som kan anvendes selvstændigt. Det Forenede Kongeriges ius variandi er begrænset til de forslag og initiativer baseret på Schengen-reglerne, som kan anvendes selvstændigt [66]. Hvis Det Forenede Kongerige og/eller Irland kunne tilslutte sig Schengen-samarbejdet på et område, som i denne forbindelse kræver forudgående anvendelse af protokollens artikel 4, udelukkende på grundlag af den i Schengen-protokollens artikel 5 fastlagte mekanisme, ville artikel 4's effektive virkning blive undermineret [67]. Kommissionen har gjort opmærksom på dette problem i sine skriftlige indlæg. Den mener, at dette ville medføre, at en del af Schengen-reglerne fandt anvendelse på Det Forenede Kongerige, uden at denne stat havde tilsluttet sig reglerne. Det Forenede Kongeriges og Irlands deltagelse i udbygningen af en del af Schengen-reglerne er derfor i princippet betinget af, at proceduren i Schengen-protokollens artikel 4 er iværksat forud herfor [68]. Afgørelse 2000/365 tager ligeledes udgangspunkt i en tilsvarende opfattelse af forholdet mellem artikel 4 og 5 i denne protokol. Denne afgørelse er vedtaget med Schengen-protokollens artikel 4 som retsgrundlag [69]. De eneste bestemmelser om iværksættelsen af proceduren i henhold til Schengen-protokollens artikel 5 findes i artikel 8, stk. 2, i afgørelse 2000/365. Dette indebærer således, at Schengen-protokollens artikel 4 er det eneste retsgrundlag for bestemmelsen om anvendelsen af mekanismen i protokollens artikel 5. Dette bekræftes tydeligt af den praksis, hvorved proceduren i Schengen-protokollens artikel 4 anvendes inden proceduren i artikel 5.

108. Herefter skal det afgøres, om forordning nr. 2007/2004 udgør en foranstaltning

66 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 98.

67 — Hvad angår princippet om effektiv virkning i fortolkningen af internationale traktater forfægtes i den juridiske litteratur det synspunkt, at dette princip er nært forbundet med en teleologisk fortolkning af de internationale traktater (T. Stein, C. von Buttlar, *Völkerrecht*, 11. reviderede udgave, Köln, 2005, s. 28).

68 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 98. Forfatteren bemærker, at en ensidig hensigtserklæring ud fra en utvungen vurdering af deltagelse i henhold til Schengen-protokollens artikel 5 således ikke vil have særlig stor betydning for udbygningen af foranstaltninger eller områder, som ikke kan anvendes selvstændigt.

69 — Fastsættelsen af retsgrundlaget for afgørelse 2000/365 er formuleret således: »under henvisning til artikel 4 i den protokol, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union (i det følgende benævnt »Schengen-protokollen«), [...]«.

til udbygning af Schengen-reglerne, der kan anvendes selvstændigt. Som nævnt tidligere er ophævelsen af personkontrollen ved de indre grænser et vigtigt element i Schengen-reglerne. Ophævelsen af de indre grænser er imidlertid nødvendigvis forbundet med en standardisering af overvågningen af de ydre grænser [70]. Følgelig er overvågningen af de ydre grænser også en del af Schengen-reglerne [71]. Det understreges således først og fremmest i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2007/2004, at medlemsstaterne, i henhold til princippet om indirekte forvaltning, har eneansvaret for kontrollen og overvågningen af de ydre grænser. Herefter fastsættes det imidlertid, at agenturet »skal fremme og effektivisere anvendelsen af nuværende og fremtidige fællesskabsforanstaltninger vedrørende forvaltning af de ydre grænser ved at samordne medlemsstaternes gennemførelse af sådanne foranstaltninger« [72]. Det fremgår tydeligt af denne bestemmelse, at forordning nr. 2007/2004 ikke kan anvendes selvstændigt, da den hænger nøje sammen med en enklere og mere effektiv anvendelse af nuværende og fremtidige bestemmelser. Som jeg har gjort rede for i punkt 103, betyder dette, at forordning nr. 2007/2004 ikke kan anvendes uden en samtidig anvendelse af de øvrige retsakter inden for Schengen-reglerne. Dette viser i det foreliggende tilfælde, at teorien om artikel 5's underordning i forhold til artikel 4 i Schengen-protokollen, som især Rådet og Kommissionen har støttet, er en korrekt fortolkning af Schengen-protokollen.

109. Henvisningen til erklæring nr. 45 og 46, der er knyttet som bilag til Amsterdam-traktaten, ændrer heller ikke ved denne konklusion. Erklæring nr. 45 vedrører udtrykkeligt proceduren i artikel 4 og ikke proceduren i artikel 5 i Schengen-protokollen.

110. Jeg mener, at det fremgår af erklæring nr. 46, der er knyttet som bilag til Amsterdam-traktaten, at Schengen-staternes aktiviteter med henblik på udbygningen af Schengen-reglerne er underordnet proceduren fastsat i Schengen-protokollens artikel 4. Denne erklæring kan ikke fortolkes således, at den bringer princippet om Schengen-reglernes integritet i fare.

E — *Integritetsprincippet*

111. I anden betragtning til afgørelse 2000/365 om Det Forenede Kongeriges

70 — T. Opermann, *Europarecht*, München, 2005, s. 504.

71 — I 2006 blev Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks) vedtaget (EUT L 105, s. 1). I betragtning 27 til denne forordning anføres det tydeligt, at »forordning[en] er et led i udviklingen af de bestemmelser i Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i, jf. Rådets afgørelse 2000/365/EF af 29.5.2000 om anmodningen fra Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne. Det Forenede Kongerige deltager derfor ikke i vedtagelsen af denne forordning, som ikke er bindende for og ikke finder anvendelse i Det Forenede Kongerige«. Ifølge forordningens artikel 1 tager denne sigte på to ligestillede aspekter, for det første princippet om, at personer ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser mellem Den Europæiske Unions medlemsstater, og for det andet regler for udøvelse af grænsekontrol af personer, der passerer EU-medlemsstaternes ydre grænser.

72 — T. Opermann, nævnt ovenfor i fodnote 70, s. 505, vurderer, at agenturet hører under Schengen-staternes fælles tekniske og administrative tilrettelæggelse.

situation understreges betydningen af princippet om Schengen-reglernes integritet: »Schengen-reglerne er tænkt og fungerer som et sammenhængende hele, der skal accepteres og gennemføres fuldt ud af alle stater, der støtter princippet om ophævelse af personkontrollen ved deres fælles grænser« [73].

112. Dette princip indgår også i Schengen-protokollens artikel 8, som fastsætter, at Schengen-reglerne skal accepteres fuldt ud af de stater, der søger om optagelse.

113. Princippet om Schengen-reglernes integritet er en konkretisering af det retlige princip »qui habet commoda ferre debet onera et contra« (den, der nyder fordelene, må også bære byrderne og omvendt), som også kendes fra folkeretten. I forbindelse med den første søjle, hvad angår dette retlige princip, henvises i den juridiske litteratur [74] især til Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Italien (sag 39/72) [75], hvori Domstolen udtalte, at »det ikke [kan] accepteres, at en medlemsstat ikke anvender en fællesskabsforordnings bestemmelser i deres helhed, men foretager et valg, således at visse dele af fællesskabslovgivningen, som den har erklæret sig som modstander af, eller som den finder stridende mod visse nationale interesser, bliver uden virkning. Såfremt en stat ensidigt og ifølge sin opfattelse af, hvad dens nationale interesser kræver, bryder ligevægten mellem de fordele og de forpligtelser, der følger af dens tilslutning til Fællesskabet, sættes medlemsstaternes lighed over for fællesskabsretten på spil, og deres statsborgere udsættes for forskelsbehandling [...]«. Dette ræsonnement kan uden videre anvendes på Schengen-reglerne.

114. Princippet om Schengen-reglernes integritet bevarer ikke alene ligevægten mellem Schengen-staterne hvad angår udviklingen og anvendelsen af Schengen-reglerne, men også Schengen-reglerne som helhed [76]. Dette princip er udtryk for Schengen-staternes overordnede interesse i at bevare Schengen-reglerne som helhed.

115. Deltagelsen i en del af Schengen-reglerne i overensstemmelse med integritetsprincippet kræver, at den medlemsstat, der deltager i en foranstaltning inden for disse regler, accepterer de fordele og de forpligtelser, der følger af deltagelsen i den pågældende del af reglerne. Derfor giver integritetsprincippet ikke mulighed for frit at vælge,

73 — Tilsvarende anføres det i betragtning 2 til Rådets afgørelse 2002/192/EF af 28.2.2002 om anmodningen fra Irland om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne (EFT L 64, s. 20), at »Schengen-reglerne er tænkt og fungerer som et sammenhængende hele, der skal accepteres og gennemføres fuldt ud af alle stater, der støtter princippet om ophævelse af personkontrollen ved deres fælles grænser«.

74 — R. Kolb, »La maxime qui habet commoda, ferre debet onera et contra (celui qui jouit des avantages doit supporter aussi les charges et vice versa) en droit international public«, *Revue Belge de Droit International*, 2004, s. 12, på s. 23.

75 — Dom af 7.2.1973, Sml. s. 101, præmis 20 og 24.

76 — G. de Kerchove d'Ousselghem, »Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures«, i Y. Lejeune (red.): *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bruxelles, 1999, s. 290. Forfatteren gør opmærksom på, at ønsket om større sammenhæng i Schengen-samarbejdet var den primære årsag til, at Schengen-reglerne blev integreret i Den Europæiske Unions rammer.

om man vil deltage, i henhold til Schengenprotokollens artikel 5, i en retsakt til udbygning af Schengen-reglerne, hvis det ikke er muligt at anvende denne retsakt selvstændigt. Redegørelsen ovenfor i punkt 103-108 viser imidlertid, at forordning nr. 2252/2004 ikke kan anvendes selvstændigt. Man kan kun nyde godt af den fordel, som Det Forenede Kongerige i dette tilfælde har af at deltage i forordning nr. 2252/2004, hvis man også accepterer en forpligtelse. For så vidt angår bestemmelsen i forordningens artikel 1, stk. 2, indebærer denne forpligtelse imidlertid deltagelse i gennemførelsen af nuværende og fremtidige fællesskabsforanstaltninger i forhold til passage af de ydre grænser.

F — *Påstanden om, at Rådet handler selvmodsigende, når det fastslår, om der er tale om en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne*

116. Det Forenede Kongerige har i sine skriftlige indlæg og under retsmødet udtrykkeligt gjort opmærksom på, at Rådet i bestemte tilfælde havde godkendt Det Forenede Kongeriges deltagelse i foranstaltninger til udbygning af Schengen-reglerne. I denne forbindelse har Det Forenede Kongerige bl.a. henvist til direktiv 2001/51, Rådets beslutning 2002/463 af 13. juni 2002 om vedtagelse af et handlingsprogram for administrativt samarbejde på områderne ydre grænser, visum, asyl og indvandring (ARGO-programmet) (herefter »beslutning 2002/463«) [77], forordning nr. 377/2004 og beslutning 2005/267 og gjort gældende, at udtrykket »foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne« er meget vidt og vagt.

117. Når Rådet skal vurdere, om der er tale om en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne, anvender det en totrinstest. Først undersøger det, om der er tale om en almindelig foranstaltning på grundlag af afsnit IV eller en foranstaltning, der henhører under Schengen-reglerne [78]. Dernæst undersøger det, om der er tale om et spørgsmål af væsentlig betydning for den frie bevægelighed for personer inden for et område, hvor personkontrollen ved de indre grænser er ophævet. Denne undersøgelse i to etaper kan sammenlignes med den undersøgelse, der udføres inden for rammerne af første søjle, for at finde frem til den korrekte hjemmel for institutionernes retsakter. I henhold til retspraksis »skal valget af hjemmel for en retsakt efter kompetencefordelingen i Fællesskabet ske på grundlag af objektive forhold, som gør det muligt at foretage en domstolskontrol. Disse forhold omfatter navnlig retsaktens formål og indhold« [79].

77 — EFT L 161, s. 11.

78 — I den juridiske litteratur forfægtes det synspunkt, at retsakter, der ændrer gældende Schengen-regler, ubestrideligt hører under udvikling af Schengen-reglerne. Hvis der derimod er tale om foranstaltninger, som ikke ændrer de gældende Schengen-regler, kan situationen være en anden (N. Bracke, »Flexibility, Justice Cooperation and the Treaty of Amsterdam«, i: C. Marinho, *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam*, Maastricht, 2001, s. 65).

79 — Dom af 4.4.2000, sag C-269/97, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2257, præmis 43, af 30.1.2001, sag C-36/98, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 779, præmis 58, og af 6.12.2005, forenede sager C-453/03, C-11/04, C-12/04 og C-194/04, ABNA m.fl., Sml. I, s. 10423, præmis 54.

118. Denne undersøgelse i to trin, som udføres af Rådet, giver Domstolen mulighed for, på grundlag af objektive forhold, at undersøge, om der er tale om en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne. Blandt de objektive forhold i denne undersøgelse er bl.a. undersøgelsen af, hvorvidt det, med hensyn til det materielle anvendelsesområde, drejer sig om en foranstaltning, der er relevant for Schengen-reglerne, samt undersøgelsen af, om det drejer sig om et spørgsmål, som er af væsentlig betydning for den frie bevægelighed for personer inden for et område, hvor de indre grænser er ophævet.

119. Det fremgår af fast retspraksis, »at proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, indeholder et krav om, at de foranstaltninger, som iværksættes med en fællesskabsbestemmelse, skal være egnede til at nå det tilsigtede mål og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det« [80]. »For så vidt angår domstolskontrollen af de [nævnte] betingelser [...] bemærkes, at der må indrømmes fællesskabslovgiver et vidt skøn inden for et område som det, der omhandles i den foreliggende sag, der for lovgiver indebærer valg af politisk, økonomisk og social karakter, og hvor lovgiver skal foretage komplekse vurderinger. Det følger heraf, at kun såfremt en foranstaltning på dette område er åbenbart uforholdsmæssig i forhold til det mål, som vedkommende institutioner forfølger, vil en sådan foranstaltning kunne kendes ulovlig« [81].

120. Den undersøgelse i to trin, som foretages af Rådet, er ikke åbenbart uforholdsmæssig, da den er egnet til at opnå det mål, som forfølges, dvs. afgøre, om en foreslået retsakt er en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne. Derfor er påstandene om, at begrebet Schengen-reglerne er for vagt, ubegrundede.

121. Forordning nr. 377/2004 omhandler oprettelse af et netværk af indvandringsforbindelsesofficerer. I henhold til betragtning 10 til denne forordning deltager Det Forenede Kongerige i forordningen i henhold til artikel 5 i protokollen om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og artikel 8, stk. 2, i Rådets afgørelse 2000/365/EF. Det fremgår af artikel 8, stk. 2, i afgørelse 2000/365/EF, at Det Forenede Kongerige deltager i dette område af Schengen-reglerne, og der udtrykkes en formodning om [82], at Det Forenede Kongerige har meddelt sit ønske om at deltage, som omhandlet i Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1. Også i betragtning 12 til beslutning 2005/267 om oprettelse af et sikkert, webbaseret informations- og koordineringsnet til udveksling af oplysninger om ulovlig migration, ulovlig indrejse og indvandring samt tilbagesendelse af personer

80 — Dommen i sagen ABNA m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 79, præmis 68.

81 — Samme dom, præmis 69.

82 — Formodningen er formuleret således: »Det Forenede Kongerige [anses] for i henhold til artikel 5 i Schengenprotokollen uigenkaldeligt at have meddelt formanden for Rådet, at det ønsker at deltage i alle forslag og initiativer, som bygger på de i artikel 1 nævnte Schengen-regler.«

med ulovligt ophold anføres det, at proceduren i Schengen-protokollens artikel 5, stk. 1, er blevet anvendt. Det fremgår, at artikel 8, stk. 2, i afgørelse 2000/365 er blevet anvendt, i det omfang foranstaltningerne i beslutning 2005/267 udbygger de bestemmelser i Schengen-reglerne om bekæmpelse af organiseret ulovlig indvandring, som Det Forenede Kongerige deltager i [83]. Anvendelsen af Schengen-protokollens artikel 5 i forbindelse med disse to retsakter, der er vedtaget i kraft af de beføjelser, der har protokollens artikel 4 som retsgrundlag, er følgelig berettiget.

122. Direktiv 2001/51 fastsætter supplerende bestemmelser til artikel 26 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen vedrørende forpligtelserne for transportvirksomheder, der befordrer udenlandske statsborgere ind på medlemsstaternes område. Dette direktiv er et eksempel på en foranstaltning, der er vedtaget på grundlag af afsnit IV, som Det Forenede Kongerige deltager i i medfør af artikel 1 i afgørelse 2000/365. I betragtning 7 til dette direktiv anføres det, at »Det Forenede Kongerige [...] i medfør af artikel 3 i protokollen om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, [...] [har] meddelt, at det ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af dette direktiv«. Ifølge betragtning 10 til dette direktiv udgør dette imidlertid en udbygning af Schengen-reglerne for så vidt angår Republikken Island og Kongeriget Norge [84]. Dette direktiv er således en udvikling af Schengen-reglerne og ikke en almindelig foranstaltning på grundlag af afsnit IV. En eventuel anvendelse af protokollen om afsnit IV ville derfor have været forkert.

123. Direktiv 2001/40 omhandler gensidig anerkendelse af afgørelser om udsendelse af tredjelandsstatsborgere, og således om anerkendelse af en afgørelse om udsendelse, som er truffet af en medlemsstats kompetente myndighed mod en tredjelandsstatsborger, der opholder sig på en anden medlemsstats område. I betragtning 6 til dette direktiv anføres det, at Det Forenede Kongerige i overensstemmelse med artikel 3 i protokollen om afsnit IV har meddelt, at det ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af direktivet. Den juridiske litteratur har gjort opmærksom på, at det er forkert at anvende artikel 3 i protokollen om afsnit IV på dette direktiv, fordi det tydeligvis udgør en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne. Samtidig bemærkes dog, at dette direktiv udgør en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne, som kan anvendes selvstændigt, og som er et typisk eksempel på anvendelsen af Schengen-protokollens artikel 5 [85].

83 — Det bemærkes, at der i denne betragtning også gøres opmærksom på, at artikel 3 i protokollen om afsnit IV EF er blevet anvendt, da det drejer sig om en foranstaltning, der er relevant for afsnit IV EF.

84 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 98, gør opmærksom på, at det i forbindelse med retsakter som disse på baggrund af betragtningerne vedrørende Norge og Island står klart, at der er tale om en udvikling af Schengen-reglerne. Det er derfor uklart, hvorfor der henvises til protokollen om afsnit IV.

85 — D. Thym, nævnt ovenfor i fodnote 15, s. 98.

124. Beslutning 2004/573 vedrører tilrettelæggelse af samlet udsendelse med fly fra to eller flere medlemsstater af tredjelandsstatsborgere, der er omfattet af afgørelser om udsendelse. I henhold til betragtning 11 og 12 til denne beslutning er der tale om en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne. I betragtning 4 til denne beslutning gøres der imidlertid klart opmærksom på nødvendigheden af at undgå et retligt tomrum i Fællesskabet på området for tilrettelæggelse af samlet udsendelse med fly. At der tales om retligt tomrum, tilkendegiver, at denne beslutning kan anvendes selvstændigt. Derfor er beslutning 2004/573 også en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne, der kan anvendes selvstændigt. Dette indebærer, at Det Forenede Kongerige kan tilslutte sig denne i medfør af Schengen-protokollens artikel 5.

125. Beslutning 2002/463 (ARGO-programmet) tilsigter at fremme samarbejdet mellem medlemsstaternes administrative og retlige myndigheder og en ensartet anvendelse af fællesskabsretten i et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed; den tilsigter at forbedre de nationale myndigheders samlede effektivitet ved udførelsen af deres opgaver, når de gennemfører fællesskabsreglerne, at tilskynde til gennemsigtighed i de foranstaltninger, der træffes af de nationale myndigheder, ved at styrke forbindelserne mellem disse og relevante nationale og internationale statslige og ikke-statslige organisationer. Desuden anføres det i betragtning 12 til beslutning 2002/463, at Det Forenede Kongerige, i overensstemmelse med artikel 3 i protokollen om afsnit IV, har meddelt, at det ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af beslutning[en]. Ved at fastslå forholdet mellem beslutning 2002/463 og ophævelsen af kontrollen ved de indre grænser har Rådet givet udtryk for den opfattelse, at der ikke er tale om en retsakt til udbygning af Schengen-reglerne. Hvis man ser nærmere på de formål, der er formuleret i artikel 3, de foranstaltninger, der er angivet i kapitel II, og navnlig den række foranstaltninger, der er beskrevet i artikel 8 i beslutning 2002/463 [86], kan det konstateres, at de ikke er af væsentlig betydning for den frie bevægelighed for personer. Der er i virkeligheden tale om en almindelig retsakt med retsgrundlag i afsnit IV EF. Rådets beslutning om ikke at anse den for en foranstaltning til udbygning af Schengen-reglerne er således korrekt.

126. Ved forordning nr. 334/2002 [87] indføres en ensartet udformning af visa. Der er tale om en foranstaltning, der er vedtaget på grundlag af afsnit IV EF og afgørelse 2000/365 vedrørende en del af Schengen-reglerne, som Det Forenede Kongerige ikke deltager i. Rådet har forklaret, at denne forordning medførte en ændring af forordning (EF) nr. 1683/95 [88], der var vedtaget

86 — I artikel 8 i beslutning 2002/463 angives følgende typer af foranstaltninger: uddannelse, udveksling af personale, foranstaltninger, der fremmer anvendelse af edb-behandling af sager og procedurer, herunder anvendelse af de mest moderne teknikker til elektronisk dataudveksling, evaluering af virkningen af fælles regler og procedurer, som er baseret på traktatens artikel 62 og 63, foranstaltninger, der tjener til at fremme udviklingen af bedste praksis med henblik på at forbedre arbejdsmetoder og faciliteter, forenkle procedurer og afkorte frister, operationelle foranstaltninger, der kan omfatte oprettelse af fælles operative centre og hold, undersøgelser, forskning, konferencer og seminarer med deltagelse af personale fra medlemsstaterne og Kommissionen, og, hvis det er hensigtsmæssigt, personale fra de relevante nationale og internationale statslige og ikke-statslige organisationer, medlemsstaternes aktiviteter i tredjelande, særlig undersøgelsesdelegationer i oprindelses- og transitlande, og bekæmpelse af dokumentforfalskning.

87 — Rådets forordning (EF) nr. 334/2002 af 18.2.2002 om ændring af forordning (EF) nr. 1683/95 om ensartet udformning af visa (EFT L 53, s. 7).

88 — Rådets forordning (EF) nr. 1683/95 af 29.5.1995 om ensartet udformning af visa (EFT L 164, s. 1).

som en retsakt inden for første søjle inden Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse på grundlag af artikel 100 C, stk. 3, i den daværende EØF-traktat. Ifølge Rådet udgør dette særlige omstændigheder, som har gjort det muligt for Det Forenede Kongerige at deltage i vedtagelsen af forordning nr. 334/2002. I realiteten kan det umiddelbart være svært at forstå, hvordan Rådet i forbindelse med vedtagelsen af denne forordning har ment, at der forelå særlige omstændigheder på grund af Det Forenede Kongeriges deltagelse i vedtagelsen af forordning nr. 1683/95, men ikke mente, at der var lignende særlige omstændigheder i forbindelse med vedtagelsen af forordning nr. 2007/2004, selv om Det Forenede Kongerige havde deltaget i det organ, der eksisterede før agenturet. En ensartet udformning af visa er et spørgsmål af væsentlig betydning i forbindelse med overvågningen af de ydre grænser og delvis af de indre grænser. Det bør dog understreges, at en ensartet udformning af visa blot er et aspekt af Schengen-reglerne, mens agenturet i henhold til forordning nr. 2007/2004 har til opgave at forbedre hele forvaltningen af EU-medlemsstaternes ydre grænser (artikel 1, stk. 1), hvilket udgør en langt større del af Schengen-reglerne. Det er netop denne forskel i bestemmelsernes materielle anvendelsesområde, der gør det muligt at fastslå, at Rådet i forbindelse med vedtagelsen af forordning nr. 2007/2004 ikke handlede åbenbart uforholdsmæssigt ved bedømmelsen af de komplekse spørgsmål vedrørende det britiske samarbejde.

127. Det skal understreges, at selv om Rådet handlede korrekt ved at tillade Det Forenede Kongerige at deltage i vedtagelsen af bestemte retsakter i henhold til afsnit IV EF eller Schengen-reglerne, ville denne praksis ikke kunne danne præcedens og ikke kunne give Det Forenede Kongerige ret til anvendelse af Schengen-protokollens artikel 5. I henhold til fast retspraksis »kan en praksis i Rådet ikke ændre EF-traktatens bestemmelser og kan således ikke have en præcedensvirkning, der binder Fællesskabets institutioner med hensyn til spørgsmålet om, hvad der er rette hjemmel« [89].

128. På baggrund af ovenstående betragtninger må det fastslås, at Det Forenede Kongerige ikke kan gives medhold.

G — *Sagens omkostninger*

129. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Rådet har nedlagt

89 — Dom af 28.11.2006, sag C-414/04, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 11279, præmis 37. I denne dom annullerede Domstolen Rådets forordning (EF) nr. 1223/2004 af 28.6.2004 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1228/2003 med hensyn til datoen for anvendelse af visse bestemmelser i Slovenien (EUT L 233, s. 3).

påstand om, at Det Forenede Kongerige tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da sidstnævnte har tabt sagen, pålægges denne part at betale sagens omkostninger.

130. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, bærer medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger.

VI — Forslag til afgørelse

131. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at fastslå følgende:

1) Rådet for Den Europæiske Union frifindes.

2) Det Forenede Kongerige betaler sagens omkostninger.

3) Intervenienterne bærer deres egne omkostninger.