FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK,
föredraget den 10 juli 2007 [1]

I — Inledning

1. Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (nedan kallat Förenade kungariket) har, med stöd av artikel 230 EG, väckt talan om ogiltigförklaring av rådets förordning (EG) nr 2252/2004 av den 13 december 2004 om standarder för säkerhetsdetaljer och biometriska kännetecken i pass och resehandlingar som utfärdas av medlemsstaterna (nedan kallad förordning nr 2252/2004). [2]

2. Detta förfarande pågår parallellt med målet C-77/05, i vilket Förenade kungariket har väckt en motsvarande talan om ogiltigförklaring av rådets förordning (EG) nr 2007/2004 av den 26 oktober 2004 om inrättande av en europeisk byrå för förvaltningen av det operativa samarbetet vid Europeiska unionens medlemsstaters yttre gränser (nedan kallad förordning nr 2007/2004). [3] Domstolen har inte förenat de båda målen, utan har handlagt dem som konnexa mål som rör samma frågeställning. De båda målen diskuterades vid en gemensam förhandling som hölls den 13 mars 2007.

3. Båda målen vid domstolen avser framför allt tolkningen av protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar, vilket hör till de protokoll som fogats till EU-fördraget och EG-fördraget. Utöver denna fråga uppkommer den ännu mer omfattande frågeställningen rörande räckvidden av systemet för närmare samarbete inom Europeiska unionens struktur.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen*

4. Artiklarna 61 EG–69 EG hör till tredje delen, avdelning IV, i EG-fördraget och har

1 — Originalspråk: slovenska.
2 — EUT L 385, s. 1.
3 — EUT L 349, s. 1.

rubriken "Visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer".

5. I artikel 62 EG föreskrivs följande: "Rådet skall i enlighet med det förfarande som avses i artikel 67 inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta om följande:

...

2) Åtgärder som avser passage av medlemsstaternas yttre gränser och med vilkas hjälp det skall fastställas

a) normer och förfaranden som medlemsstaterna skall följa när de utför personkontroller vid sådana gränser ..."

6. I artikel 69 EG föreskrivs följande: "Tillämpningen av denna avdelning skall vara underkastad bestämmelserna i protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning och protokollet om Danmarks ställning, och skall inte påverka tillämpningen av protokollet om tillämpning av vissa inslag i artikel 14 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen på Förenade kungariket och Irland."

7. I artikel 311 EG stadgas följande: "De protokoll som medlemsstaterna i samförstånd fogar till detta fördrag skall utgöra en integrerad del av fördraget."

B — *Protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar*

8. Protokoll (nr 2) om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar (nedan kallat Schengenprotokollet) hör till de protokoll som fogats till EU- och EG-fördragen och infördes i primärrätten genom Amsterdamfördraget.

9. I artikel 1 i Schengenprotokollet anges att Konungariket Belgien, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Hellenska republiken, Konungariket Spanien, Franska republiken, Italienska republiken, Storhertigdömet Luxemburg, Konungariket Nederländerna, Republiken Österrike, Portugisiska republiken, Republiken Finland och Konungariket Sverige, som har undertecknat Schengenavtalen, bemyndigas att upprätta

ett närmare samarbete sinsemellan inom tillämpningsområdet för dessa avtal och de med dem förbundna bestämmelserna enligt förteckningen i bilagan till nämnda protokoll (nedan gemensamt kallade Schengenregelverket). Detta samarbete skall genomföras inom Europeiska unionens institutionella och rättsliga ramar och med iakttagande av de relevanta bestämmelserna i Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

10. I artikel 2.1 i Schengenprotokollet föreskrivs följande: "Från och med den tidpunkt då Amsterdamfördraget träder i kraft skall Schengenregelverket, inbegripet de beslut som den enligt Schengenavtalen inrättade verkställande kommittén har fattat före denna tidpunkt, omedelbart gälla för de tretton medlemsstater som avses i artikel 1, utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2 i denna artikel. Från och med samma tidpunkt skall rådet ersätta den nämnda verkställande kommittén."

11. I artikel 3 i Schengenprotokollet föreskrivs följande: "Efter ett sådant avgörande som avses i artikel 2.1 andra stycket skall Danmark behålla samma rättigheter och skyldigheter i förhållande till de övriga stater som har undertecknat Schengenavtalen som före det nämnda avgörandet med avseende på de delar av Schengenregelverket som anses ha sin rättsliga grund i avdelning IV i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen."

12. Artikel 4 i Schengenprotokollet har följande lydelse:

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

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

13. I artikel 5 i Schengenprotokollet föreskrivs följande:

"1. Förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket skall omfattas av de relevanta bestämmelserna i fördragen.

Om varken Irland, Förenade kungariket eller båda inom rimlig tid skriftligen har underrättat rådets ordförande om att de önskar delta skall, i detta sammanhang, de medlemsstater som avses i artikel 1 samt Irland och Förenade kungariket anses ha fått ett sådant bemyndigande som avses i artikel 11 i Fördraget om upprättandet av Europeiska

gemenskapen eller i artikel 40 i Fördraget om Europeiska unionen om någon av dem önskar delta i de ifrågavarande samarbetsområdena.

2. De relevanta bestämmelserna i de fördrag som avses i punkt 1 första stycket är tillämpliga även om rådet inte har beslutat om de åtgärder som avses i artikel 2.1 andra stycket."

14. I artikel 6 i Schengenprotokollet föreskrivs följande: "Republiken Island och Konungariket Norge skall associeras till genomförandet av Schengenavtalens regelverk och den vidare utvecklingen av detta på grundval av det avtal som undertecknades i Luxemburg den 19 december 1996. ..."

15. I artikel 8 i samma protokoll föreskrivs att i samband med förhandlingarna om nya medlemsstaters tillträde till Europeiska unionen skall Schengenregelverket samt ytterligare åtgärder som institutionerna beslutar på detta regelverks tillämpningsområde betraktas som ett regelverk som måste godtas till fullo av alla stater som ansöker om tillträde.

16. Schengenregelverket definieras i bilagan till Schengenprotokollet. Enligt bilagan omfattar Schengenregelverket följande: det i Schengen den 14 juni 1985 undertecknade avtalet om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna mellan regeringarna i de stater som ingår i den ekonomiska unionen Benelux, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken; den i Schengen den 19 juni 1990 undertecknade tillämpningskonventionen till Schengenavtalet av den 14 juni 1985 om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna, med tillhörande slutakt och gemensamma förklaringar, mellan Konungariket Belgien, Förbundsrepubliken Tyskland, Franska republiken, Storhertigdömet Luxemburg och Konungariket Nederländerna; protokoll och avtal om anslutning till 1985 års avtal och 1990 års tillämpningskonvention som har ingåtts med Italien, Spanien och Portugal, Grekland, Österrike samt Danmark, Finland och Sverige, med tillhörande slutakter och förklaringar; beslut och förklaringar som har antagits av den verkställande kommitté som inrättades genom 1990 års tillämpningskonvention samt rättsakter för att genomföra konventionen som har antagits av de organ som den verkställande kommittén har givit befogenhet att fatta beslut.

C — Protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning

17. Protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning (nedan kallat proto-

kollet om avdelning IV), vilket också har fogats till EG-fördraget och EU-fördraget, reglerar dessa båda medlemsstaters samarbete när förslag har lagts fram inom ramen för avdelning IV i EG-fördraget.

18. I artikel 1 nämnda protokoll föreskrivs följande: "Om inte annat följer av artikel 3 skall Förenade kungariket och Irland inte delta i rådets beslut om föreslagna åtgärder i enlighet med avdelning IV i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen. ..."

19. Artikel 2 i protokollet om avdelning IV har följande lydelse:

"Till följd av artikel 1 och om inte annat följer av artiklarna 3, 4 och 6 skall inga bestämmelser i avdelning IV i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, inga åtgärder som beslutas enligt den avdelningen, inga bestämmelser i ett internationellt avtal som ingås av gemenskapen i enlighet med den avdelningen och inga beslut av domstolen som innebär en tolkning av en sådan bestämmelse eller åtgärd vara bindande för eller tillämpliga i Förenade kungariket eller Irland; inga sådana bestämmelser, åtgärder eller beslut skall på något sätt påverka dessa staters befogenheter, rättigheter och skyldigheter; inga sådana bestämmelser, åtgärder eller beslut skall på något sätt påverka gemenskapens regelverk eller utgöra en del av gemenskapsrätten, såsom detta regelverk och denna rätt gäller för Förenade kungariket eller Irland."

20. I artikel 3 i protokollet om avdelning IV föreskrivs följande:

"1. Förenade kungariket eller Irland kan inom tre månader efter det att ett förslag eller initiativ har lagts fram för rådet i enlighet med avdelning IV i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen skriftligen meddela rådets ordförande att Förenade kungariket eller Irland önskar delta i beslutet om och tillämpningen av en sådan föreslagen åtgärd, varefter den staten skall ha rätt att göra detta. ...

2. Om beslut om en sådan åtgärd som avses i punkt 1 efter en rimlig tidsperiod inte kan fattas med Förenade kungariket eller Irland som deltagare, får rådet besluta om en sådan åtgärd i enlighet med artikel 1 utan att Förenade kungariket eller Irland deltar. I det fallet är artikel 2 tillämplig."

21. I artikel 4 i protokollet om avdelning IV anges följande:

"Förenade kungariket eller Irland får när som helst efter beslut om en åtgärd i rådet i enlighet med avdelning IV i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen underrätta rådet och kommissionen om sin

önskan att godta åtgärden. I så fall skall det förfarande som avses i artikel 11.3 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen gälla i tillämpliga delar."

22. I artikel 7 i protokollet om avdelning IV föreskrivs att artiklarna 3 och 4 inte skall påverka tillämpningen av protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar.

D — *Protokollet om Danmarks ställning*

23. I artikel 5 i protokollet om Danmarks ställning, vilket också har fogats till EG-fördraget och EU-fördraget, föreskrivs följande:

"1. Danmark skall, inom en tid av sex månader efter det att rådet har beslutat om ett förslag eller initiativ om utbyggnad av Schengenregelverket enligt bestämmelserna i avdelning IV i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, besluta huruvida det skall genomföra detta beslut i sin nationella lagstiftning. Om det beslutar att göra detta, kommer beslutet att i enlighet med internationell rätt ge upphov till en förpliktelse mellan Danmark och de övriga medlemsstater som avses i artikel 1 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar samt mellan Danmark och Irland eller Förenade kungariket om dessa medlemsstater deltar i de ifrågavarande samarbetsområdena.

2. Om Danmark beslutar att inte genomföra ett sådant beslut av rådet som avses i punkt 1 kommer de medlemsstater som avses i artikel 1 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar att överväga vilka lämpliga åtgärder som skall vidtas."

E — *Förklaringar som fogats till Amsterdamfördraget*

24. I förklaringen om artikel 4 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar (förklaring nr 45) anges följande:

"De höga fördragsslutande parterna uppmanar rådet att begära yttrande från kommissionen innan det beslutar i anledning av en begäran från Irland eller Förenade

konungariket Storbritannien och Nordirland enligt artikel 4 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar om att vissa eller samtliga bestämmelser i Schengenregelverket skall tillämpas på dem.

De åtar sig också att göra största möjliga ansträngning för att det skall vara möjligt för Irland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland att om de önskar det använda bestämmelserna i artikel 4 i det nämnda protokollet så att rådet vid tidpunkten för det protokollets ikraftträdande eller varje senare tidpunkt skall kunna fatta de beslut som avses i den artikeln."

25. I förklaringen om artikel 5 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar (förklaring nr 46) anges följande:

"De höga fördragsslutande parterna åtar sig att göra alla ansträngningar för att möjliggöra insatser med deltagande av alla medlemsstater på området för Schengenregelverket, särskilt när Irland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har godtagit vissa eller samtliga bestämmelser i det regelverket i enlighet med artikel 4 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar."

F — *Förordning nr 2252/2004*

26. I skäl 2 i förordning nr 2252/2004 anges följande:

"Minimisäkerhetsstandarder för pass infördes genom en resolution antagen av företrädarna för medlemsstaternas regeringar, församlade i rådet den 17 oktober 2000 ... Denna resolution bör nu förstärkas genom en gemenskapsåtgärd i syfte att skapa mer harmoniserade säkerhetsstandarder för pass och resehandlingar som skydd mot förfalskning. Samtidigt bör biometriska kännetecken integreras i passet eller resehandlingen, så att det skapas en tillförlitlig koppling mellan den rättmätige innehavaren och handlingen."

27. I skäl 3 i förordning nr 2252/2004 anges följande:

"Harmoniseringen av säkerhetsdetaljer och införandet av biometriska kännetecken är ett viktigt steg på vägen mot användandet av nya element, med tanke på framtida utveckling på europeisk nivå, för att göra resehandlingar säkrare och skapa en mer tillförlitlig koppling mellan innehavaren och passet eller

resehandlingen och därigenom bidra till att förhindra att de används i bedrägligt syfte. Internationella civila luftfartsorganisationens (ICAO) specifikationer, i synnerhet de som anges i dokument 9303 om maskinläsbara resehandlingar, bör beaktas."

28. I skäl 4 i förordning nr 2252/2004 anges följande:

"Denna förordning omfattar endast harmonisering av säkerhetsdetaljer, inklusive biometriska kännetecken för medlemsstaternas pass och resehandlingar. Att utse de myndigheter och organ som bemyndigas att få tillgång till uppgifterna i handlingarnas lagringsmedium är en fråga för nationell lagstiftning, med förbehåll för relevanta bestämmelser i gemenskapslagstiftningen, Europeiska unionens lagstiftning eller internationella avtal."

29. Skäl 11 i förordning nr 2252/2004 har följande lydelse:

"Denna förordning utgör en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket i vilka Förenade kungariket inte deltar i enlighet med rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 om en begäran från Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket ... Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av förordningen, som inte är bindande för eller tillämplig i Förenade kungariket."

30. I artikel 1 i förordning nr 2252/2004 föreskrivs följande:

"1. Pass och resehandlingar som utfärdas av medlemsstaterna skall överensstämma med minimisäkerhetsstandarderna i bilagan.

2. Passen och resehandlingarna skall innefatta ett lagringsmedium, som skall innehålla en ansiktsbild. Medlemsstaterna skall också låta fingeravtryck i interoperabla format ingå. Uppgifterna skall säkras, och lagringsmediet skall ha tillräcklig kapacitet och möjlighet att garantera uppgifternas integritet, autenticitet och sekretess.

3. Denna förordning är tillämplig på pass och resehandlingar som utfärdas av medlemsstaterna. Den är inte tillämplig på identitetskort som medlemsstaterna utfärdar till sina medborgare eller på provisoriska pass och resehandlingar med en giltighetstid på högst tolv månader."

31. I artikel 2 i förordning nr 2252/2004 föreskrivs följande:

"Ytterligare tekniska specifikationer för pass och resehandlingar enligt följande skall fastställas i enlighet med förfarandet i artikel 5.2:

a) Ytterligare säkerhetsdetaljer och säkerhetskrav, inklusive strängare standarder för att förebygga risken för hel- och delförfalskningar.

b) Tekniska specifikationer för lagringsmediet för de biometriska kännetecknen och deras säkerhet, inklusive förhindrande av obehörig åtkomst.

c) Kvalitetskrav och gemensamma standarder för ansiktsbilden och fingeravtrycken."

32. I artikel 3 i förordningen föreskrivs följande:

"1. I enlighet med förfarandet i artikel 5.2 får det beslutas att de specifikationer som avses i artikel 2 skall vara sekretessbelagda och inte får offentliggöras. I sådana fall skall de vara tillgängliga endast för de organ som medlemsstaterna har utsett att ansvara för tryckning och för personer som vederbörligen har bemyndigats av en medlemsstat eller av kommissionen.

2. Varje medlemsstat skall utse ett enda organ som ansvarigt för tryckning av pass eller resehandlingar. Namnet på detta organ skall meddelas kommissionen och övriga medlemsstater. Samma organ får utses av två eller flera medlemsstater. Varje medlemsstat skall ha rätt att byta ut det utsedda organet. Medlemsstaten skall då underrätta kommissionen och övriga medlemsstater om detta."

III — Bakgrund och förfarandet

33. Den 18 februari 2004 lade kommissionen fram förslaget till förordning nr 2252/2004 till rådet.

34. Förenade kungariket underrättade den 19 februari 2004 skriftligen rådet om att det avsåg att delta i antagandet av förslaget till förordning med stöd av artikel 5.1 i Schengenprotokollet.

35. Trots underrättelsen från Förenade kungariket antog rådet den 13 december 2004 förordning nr 2252/2004, eftersom det ansåg att förslaget till förordning nr 2252/2004 hörde till de förslag och initiativ som grundas på den del av Schengenregelverket som Förenade kungariket inte deltar i enligt rådets beslut 2000/365/EG [4].

36. Förenade kungariket har hävdat att det förhållandet att det inte fick delta i antagandet av förordning nr 2252/2004 utgör ett åsidosättande av artikel 5 i Schengenprotokollet och väckte den 17 februari 2005 förevarande talan om ogiltigförklaring.

37. I mål C-137/05 har Republiken Irland och Republiken Slovakien intervenerat till stöd för Förenade kungariket.

38. Kommissionen, Konungariket Spanien och Konungariket Nederländerna har intervenerat till stöd för rådet.

39. Förenade kungariket har yrkat att domstolen skall

— ogiltigförklara förordning nr 2252/2004,

— fastställa, med tillämpning av artikel 231 EG, att bestämmelserna i förordning nr 2252/2004 skall fortsätta att vara tillämpliga efter det att förordningen ogiltigförklarats och i avvaktan på att ny lagstiftning antas på området, förutom till den del de har till verkan att utesluta Förenade kungariket från deltagande i tillämpningen av förordningen, och

— förplikta rådet att ersätta rättegångskostnaderna.

40. Rådet har yrkat att domstolen skall

— ogilla talan, och

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

— förplikta Förenade kungariket att ersätta rättegångskostnaderna.

41. Republiken Irland och Republiken Slovakien stöder Förenade kungarikets yrkanden.

42. Kommissionen och Konungariket Spanien stöder rådets yrkanden.

43. Förenade kungariket, rådet, Republiken Irland, Republiken Slovakien, kommissionen, Konungariket Nederländerna och Konungariket Spanien utvecklade sin talan och svarade på domstolens frågor vid förhandlingen den 13 mars 2007, vilken även utgjorde förhandling i mål C-77/05.

IV — Parternas argument

A — *Förenade kungariket*

44. Förenade kungariket har till grund för sin ståndpunkt i förevarande mål anfört att det finns två olika typer av åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket. Den första typen är de åtgärder som är integrerade med Schengenregelverket (*Schengen integral measures*) (nedan kallade Schengenintegrerade åtgärder), och den andra typen är de åtgärder som är relaterade till Schengenregelverket (*Schengen linked measures*,) (nedan kallade Schengenrelaterade åtgärder). Enligt nämnda medlemsstat är de Schengenintegrerade åtgärderna oupplösligt förbundna med Schengenregelverket, som exempelvis de åtgärder varigenom de bestämmelser i Schengenregelverket i fråga om vilka Förenade kungariket inte samarbetar ändras. Den andra typen av åtgärder är däremot inte oupplösligt förbundna med Schengenregelverket, utan det kan beslutas om sådana åtgärder för att uppnå målsättningarna med Schengenregelverket. Schengenregelverkets enhetlighet skulle inte hotas om Förenade kungariket deltog i beslut om den andra typen av åtgärder. Förordningarna nr 2007/2004 och nr 2252/2004 hör till den andra typen av åtgärder. Förenade kungariket har gjort gällande att förordning nr 2252/2004 utgör en Schengenrelaterad åtgärd som varken ersätter eller ändrar någon bestämmelse.

45. Förenade kungarikets huvudsakliga argument avser att rådets agerande är rättsstridigt, eftersom rådet hindrade Förenade kungariket från att delta vid antagandet av förordning nr 2252/2004. Förenade kungariket underrättade rådet, i enlighet med artikel 5.1 i Schengenprotokollet och artikel 3.1 i protokollet om avdelning IV, att det önskade delta vid antagandet av förordning nr 2252/2004. Rådets agerande utgör enligt Förenade kungariket ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i artikel 230 andra stycket EG.

46. Förenade kungariket har hävdat att artikel 10 EG, med avseende på första pelaren och samarbetsprincipen inom ramen för avdelning IV EU,[5] på ett tillräckligt sätt skyddar principen om Schengenregelverkets enhetlighet mot eventuellt missbruk. Rådets tillvägagångssätt i det aktuella fallet är särskilt formalistiskt, då det har hänvisat till att de tidigare åtgärderna beslutades genom mellanstatligt samarbete och inte på gemenskapsnivå. Förenade kungariket har ett intresse av den gemensamma kontrollen av Schengenområdets yttre gränser.

47. Förenade kungariket har bestritt rådets tolkning att en tillämpning av artikel 5 i Schengenprotokollet är avhängig av en föregående tillämpning av artikel 4 i samma protokoll. Rådet har gjort en felaktig tolkning av artikel 5 i Schengenprotokollet, med innebörden att denna artikel endast kan tillämpas såvitt avser den del av Schengenregelverket som är tillämplig på Förenade kungariket enligt det beslut som antagits med stöd av artikel 4 i nämnda protokoll. Förenade kungariket betecknar denna tolkning som "teorin om underordnad ställning", vilken strider mot ordalydelsen i Schengenprotokollet, mot karaktären hos artikel 5 och mot förklaring nr 46 som fogats till Amsterdamfördraget. I stället för teorin om underordnad ställning har Förenade kungariket föreslagit att "teorin om självständig ställning" skall tillämpas, enligt vilken tillämpningen av artikel 5 är självständig i förhållande till tillämpningen av artikel 4 i Schengenprotokollet, eftersom det inte föreligger något ömsesidigt över- eller underordnat förhållande mellan de båda artiklarna.

48. Ordalydelsen i artikel 5.1 i Schengenprotokollet talar mot teorin om underordnad ställning. Enligt nämnda artikel är nämligen de rättsakter som antas på denna rättsliga grund tillämpliga i samtliga medlemsstater. Utvecklingen av Schengenregelverket regleras därför av de relevanta bestämmelserna i fördragen. I artikel 5.1 andra stycket i Schengenprotokollet regleras inte en mekanism för "opting out", utan ett system för närmare samarbete. Av denna bestämmelse följer att Förenade kungarikets deltagande inte är avhängigt av ett samtycke från de övriga medlemsstater som samarbetar inom Schengenregelverket (nedan kallade Schengenstaterna). De argument som har anförts för att försöka visa att artikel 5.1 i Schengenprotokollet är oklar och ofullständig, vad beträffar Irlands och Förenade kungarikets rätt att delta, är inte övertygande. Förenade kungariket behöver inte samtycke från de övriga Schengenstaterna, eftersom en skriftlig underrättelse från denna medlemsstat enligt artikel 5 i Schengenprotokollet hindrar (eller sätter ur funktion) mekanismen för närmare samarbete.

49. Förenade kungariket har hävdat att teorin om självständig ställning är förenlig med artikel 7 i protokollet om avdelning IV. Denna artikel syftar i huvudsak att klargöra

5 — Domstolens dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285), punkt 42.

att Förenade kungariket och Irland, på grundval av protokollet om avdelning IV, inte har någon rätt att ansluta sig till de delar av Schengenregelverket som, enligt rådets beslut 1999/436,[6] har sin rättsliga grund i avdelning IV. Om Förenade kungariket skriftligen underrättar rådet i enlighet med artikel 5.1 andra stycket i Schengenprotokollet, och den rättsliga grunden för det förslag som Förenade kungariket avser att delta i är avdelning IV EG, så är dock protokollet om avdelning IV tillämpligt. Vidare är teorin om självständig ställning även förenlig med kravet på att skydda Schengenregelverkets enhetlighet. Förenade kungarikets samarbete inom ramen för Schengenregelverket utan ett föregående bemyndigande hotar inte Schengenregelverkets enhetlighet, eftersom denna enhetlighet säkerställs på ett tillräckligt sätt genom artikel 10 EG och genom artikel 3.2 i protokollet om avdelning IV, vilken på vissa villkor tillåter att beslut om vissa åtgärder fattas utan att Förenade kungariket deltar.

50. Enligt Förenade kungariket föreskrivs två mekanismer för närmare samarbete i Schengenprotokollet. Den första regleras av artikel 4 i nämnda protokoll och är tillämplig i syfte att införliva Schengenregelverket med unionsrätten och gemenskapsrätten. Den andra regleras av artikel 5 i samma protokoll och avser i stället Schengenregelverkets utveckling. I artiklarna 4 och 5 i Schengenprotokollet föreskrivs olika förfaranden beroende på om det är fråga om att ansluta sig till Schengenregelverket eller enbart om att delta i de åtgärder som beslutas för att utveckla regelverket.

51. Enligt Förenade kungariket kan artikel 5 i Schengenprotokollet rimligen tolkas så, att den är tillämplig enbart på de åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket och som Förenade kungariket inte deltar i. Om denna artikel i stället hänvisade till de åtgärder som Förenade kungariket deltar i, borde den innehålla bestämmelser – som exempelvis artikel 5.2 i protokollet om Danmarks ställning – för det fall Förenade kungariket beslutar att inte delta i beslut om dessa åtgärder.

52. Förenade kungariket har även gjort gällande att den tolkning av artikel 5 som rådet har föreslagit, i enlighet med teorin om underordnad ställning, utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen. Förenade kungariket och Irland har i många fall deltagit i utvecklingen av Schengenregelverket utan att följa det förfarande som föreskrivs i artikel 4 i Schengenprotokollet. De många undantagsfallen, då det har varit tillåtet att delta utan att tillämpa det förfarande som föreskrivs i artikel 4 i protokollet, visar att Schengenregelverkets enhetlighet inte har hotats.

6 — Rådets beslut 1999/436/EG av den 20 maj 1999 om fastställande, i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen, av rättslig grund för samtliga bestämmelser och beslut som utgör Schengenregelverket (EGT L 176, s. 17).

53. Den vida och flexibla tolkning av begreppet åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket som följer av rådets praxis står dessutom i strid med rättssäkerhetsprincipen. Den undersökning i två etapper som rådet gör för att fastställa huruvida det är fråga om åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket är oförenlig med artikel 5 i Schengenprotokollet. Den andra delen av undersökningen, vilken syftar till att fastställa huruvida det föreligger en fråga som är väsentlig för den fria rörligheten för personer inom ett område där personkontroller avskaffats vid de gemensamma gränserna, är alltför flexibel för att vara förenlig med rättssäkerhetskraven.

54. Det är riktigt att Förenade kungariket inte har för avsikt uppnå ett sådant avskaffande av de inre gränserna som Schengenstaterna har genomfört. Denna avsikt innebär dock inte teoretiskt någon risk, för Schengenstaterna, att Schengenregelverkets enhetlighet hotas.

55. Slutligen har Förenade kungariket gjort gällande att det enligt principen om likabehandling av unionsmedborgarna med avseende på passkontroller vid de yttre gränserna är nödvändigt att Förenade kungariket och Irland samarbetar i fråga om förordning nr 2252/2004. Om den utrustning som är avsedd för passidentifiering vid gränsövergångar vid Europeiska unionens yttre gränser inte kan läsa av de pass som medborgarna i Förenade kungariket och Irland har, skulle dessa utan skäl behandlas annorlunda än medborgarna i de andra medlemsstaterna.

56. Förenade kungariket har endast i andra hand gjort gällande att om domstolen finner att teorin om självständig ställning är befogad bör därav följa att artikel 5 i Schengenprotokollet inte är tillämplig på de Schengenrelaterade åtgärderna. Denna artikel är endast tillämplig på de Schengenintegrerade åtgärderna. Eftersom den angripna förordningen dock inte hör till sistnämnda typ av åtgärder, borde Förenade kungariket ha deltagit vid antagandet av förordningen.

B — *De intervenienter som stöder Förenade kungariket*

57. Irland har hänvisat till bestämmelserna om tolkning av traktater i artiklarna 31 och 32 i Wienkonventionen om traktaträtten från år 1969 och hävdat att det inte finns något skäl att frångå den klara ordalydelsen i artiklarna 4 och 5 i Schengenprotokollet. Irland delar Förenade kungarikets ståndpunkt att artiklarna 4 och 5 i nämnda protokoll är självständiga i förhållande till varandra, med hänvisning till artikel 8 i

nämnda protokoll och till artikel 6.2 i rådets beslut 2002/192/EG [7]. Det förhållandet att även de åtgärder som ingår i Schengenregelverket och som antagits efter Schengenprotokollets ikraftträdande omnämns i det beslutet innebär inte att en dynamisk tolkning av Schengenprotokollet är tillåten. Rådet kan nämligen inte, genom sitt beslut, ändra primärrätten. Vidare lägger rådets praxis på ett oproportionerligt sätt hinder i vägen för Irlands och Förenade kungarikets samarbete.

58. Republiken Slovakien stöder Förenade kungarikets ståndpunkt. Det förhållandet att en medlemsstat inte deltar i Schengenregelverket kan inte utgöra ett kriterium för att hindra den från att delta med stöd av artikel 5 i Schengenprotokollet eller artikel 3.1 i protokollet om avdelning IV. Den anser att det krävs ytterligare kriterier vid undersökningen och föreslår således att en annan typ av analys skall tillämpas på artiklarna 4 och 5 i Schengenprotokollet. Enligt denna analys kan samarbetet på grundval av artikel 5 i Schengenprotokollet endast vägras om det föreligger rimliga tvivel om att Schengenregelverkets enhetlighet och koherens kan komma att hotas. För att så skall vara fallet måste enligt Republiken Slovakien samarbetet av en medlemsstat som inte ingår i Schengensystemet anses klart och direkt stå i strid med Schengenregelverkets målsättningar, vilket i praktiken innebär att det faktiskt måste medföra att effektiviteten och verkan av de åtgärder som ingår i Schengenregelverket äventyras.

59. Republiken Slovakien har även hävdat att rådets ståndpunkt, enligt vilken artikel 4 i Schengenprotokollet är bindande för samarbetet vad gäller utvecklingsåtgärder, medför att artikel 5 i nämnda protokoll är överflödig.

C — *Rådet*

60. Enligt rådet är den teori om självständig ställning som Förenade kungariket har gjort gällande inte förenlig med principen om Schengenregelverkets enhetlighet och den står även i strid med strukturen och logiken i Schengenprotokollet och protokollet om avdelning IV. Teorin om självständig ställning hotar principen om Schengenregelverkets enhetlighet, särskilt om den tillämpas tillsammans med begränsningen till Schengenintegrerade åtgärder. Rådet har bestritt att syftet med artikel 5 i Schengenprotokollet är att garantera Förenade kungarikets och Irlands rättigheter. Artikeln syftar snarare till att skydda Schengenstaternas verksamhet från hinder mot utvecklingen av det närmare samarbetet från en eller flera staters sida. Att artikel 5 i Schengenprotokollet har detta

7 — Rådets beslut 2002/192/EG av den 28 februari 2002 om Irlands begäran om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket (EGT L 64, s. 20).

syfte följer av de skillnader som framgår vid en jämförelse med artikel 4. Följaktligen kan argumentet att Förenade kungariket och Irland automatiskt samarbetar, när rådet väl har underrättats, inte godtas.

61. Rådet har hävdat att syftet med artikel 4 i Schengenprotokollet är att skydda Schengenregelverkets enhetlighet. Det föreligger ett klart samband mellan avskaffandet av kontroller vid de yttre gränserna och följdåtgärderna.

62. Vidare är de åtgärder som beslutas på området för det närmare samarbetet inom Schengenområdet avhängiga av och nära förbundna med varandra. Följaktligen kan enhetligheten äventyras även när det inte är fråga om en åtgärd som definieras som Schengenintegrerad av Förenade kungariket, utan det efter en undersökning i två etapper fastställs att det rör sig om en fråga som hänger samman med den fria rörligheten för personer på ett område där kontrollerna vid de yttre gränserna har avskaffats.

63. Med hänvisning till skyddet för principen om Schengenregelverkets enhetlighet och koherens har rådet även gjort gällande att efter en eventuell förklaring och tillämpning av det förfarande som föreskrivs i artikel 4 i Schengenprotokollet kan Förenade kungariket inte längre ensidigt avstå (*opt-out*) från att delta i utvecklingen av regelverket. Som exempel på en eventuell oenhetlighet vid utvecklingen av Schengenregelverket har rådet nämnt att Förenade kungariket deltagit i åtgärderna för återsändande av utlänningar och att det inte har deltagit i de åtgärder som avser nekandet av ny inresa till EU.

64. Det överordnade eller underordnade förhållandet mellan artiklarna 5 och 4 i Schengenprotokollet är även nödvändigt för att undvika att den mekanism som föreskrivs i artikel 4 aktiveras i ett förfarande enligt artikel 5. För det syftet utgör artikel 10 EG och samarbetsprincipen ett otillräckligt skydd mot att Schengenregelverkets enhetlighet skadas. Hänvisningen till artikel 3.2 i protokollet om avdelning IV är felaktig, eftersom artikel 7 i detta protokoll begränsar protokollets tillämpningsområde i den meningen att Schengenprotokollet, vid motstridighet, får karaktären av speciallag i förhållande till protokollet om avdelning IV. Den *opt-in*-mekanism som föreskrivs i artikel 3.1 i protokollet om avdelning IV avser endast de åtgärder som beslutas med stöd av avdelning IV EG, och inte åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket. Om Förenade kungarikets teori om självständig ställning godtogs skulle artikel 7 i protokollet om avdelning IV förlora sin betydelse. Förenade kungariket skulle helt enkelt kunna tillämpa artikel 3.1 i protokollet och underrätta om att det har för avsikt att delta i åtgärder enligt avdelning IV EG, vilka samtidigt utgör åtgärder för att utveckla

Schengenregelverket. Därigenom skulle dock den skyddsmekanism som föreskrivs i artikel 4 i Schengenprotokollet kringgås.

65. Rådet har bestritt Förenade kungarikets påståenden rörande den omfattande och flexibla tolkningen av begreppet åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket och det har hävdat att en enkel kontroll i två etapper gör det möjligt att fastställa huruvida det är fråga om en sådan åtgärd. Vid en sådan kontroll fastställs hur nära sambandet mellan den föreslagna åtgärden och avskaffandet av kontroller vid de inre gränserna måste vara för att åtgärden i fråga skall anses utgöra en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket. I den första etappen av undersökningen kontrollerar man huruvida Schengenregelverket faktiskt tillämpas på denna åtgärd. Schengenregelverkets tillämpningsområde kan utläsas av rådets beslut 1999/437/EG av den 17 maj 1999 om vissa tillämpningsföreskrifter för det avtal som har ingåtts mellan Europeiska unionens råd och Republiken Island och Konungariket Norge om dessa båda staters associering till genomförandet, tillämpningen och utvecklingen av Schengenregelverket [8]. Den andra etappen av kontrollen består i att ställa sig frågan – vilken angavs i ordförandeskapets not av den 22 oktober 1999 samt undersöktes och godkändes av Coreper – huruvida det rör sig om en fråga som är väsentlig (*essential*) för den fria rörligheten för personer i ett område där personkontroller vid de inre gränserna har avskaffats och inom vilket det har skapats ett gemensamt system för kontroll av de yttre gränserna, vilket således även är bindande för Island och Norge. Rådets syfte med denna kontroll är att säkerställa större enhetlighet vid behandlingen av rättsakter inom området för Schengensamarbetet. Kontrollen utgör ett viktigt hjälpmedel vid valet av lämpligt förfarande. Det saknas fog för invändningen att denna undersökning har utvecklats för den blandade kommittén för Norge och Island. Det föreligger inga skillnader vad gäller innehållet mellan de åtgärder som beslutas av den blandade kommittén och de åtgärder som beslutas med stöd av artikel 5 i Schengenprotokollet.

66. Vad beträffar den skillnad mellan Schengenrelaterade åtgärder och Schengenintegrerade åtgärder som Förenade kungariket har gjort gällande, har rådet påpekat att en sådan skillnad är okänd i gemenskapsrätten. Schengenregelverket behandlas i sin helhet i Schengenprotokollet. Vid antagandet av beslut 1999/435 [9] hade rådet kunnat beakta Förenade kungarikets ställning, men så skedde inte.

67. Vad gäller Förenade kungarikets argument rörande samarbetet i fråga om åtgärder inom Schengenregelverket har rådet hävdat att Förenade kungarikets ställning kan fastställas på grundval av en särskild undersök-

8 — EGT L 176, s. 31.

9 — Rådets beslut 1999/435/EG av den 20 maj 1999 om fastställande av Schengenregelverket, i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen, i syfte att besluta om den rättsliga grunden för samtliga de bestämmelser och beslut som utgör Schengenregelverket (EGT L 176, s. 1).

ning. Om det är fråga om ett förslag som har sin rättsliga grund i avdelning IV EG och som inte innebär en ytterligare utveckling av Schengenregelverket kan Förenade kungariket delta (opt-in) i enlighet med artikel 3.1 i protokollet om avdelning IV. Om det däremot är fråga om ett förslag som innebär en ytterligare utveckling av Schengenregelverket, skall rådet bedöma Förenade kungarikets ställning på grundval av artikel 4 i Schengenprotokollet. Om det av beslut 2000/365 framgår att Förenade kungariket samarbetar inom det område av Schengenregelverket som är i fråga, kan Förenade kungariket samarbeta vid antagandet av föreslagna rättsakter utan föregående särskild underrättelse. Om det av det beslutet däremot framgår att Förenade kungariket inte samarbetar inom detta område, måste Förenade kungariket, för att samarbeta, förfara i enlighet med artikel 4 i Schengenprotokollet.

68. Förenade kungarikets samarbete vid beslut om åtgärder som omfattas av Schengenregelverket speglar enligt rådet samarbetets specifika karaktär i varje enskilt fall. Exempelvis förordning nr 334/2002 [10] antogs nämligen med den gamla artikel 100c EEG som rättslig grund, före införlivandet av Schengenregelverket med unionsrätten. Vad beträffar de andra rättsakterna handlar det snarare om verkställighetsåtgärder än om normativa rättsakter, eller om rättsakter som speglar vissa särdrag i verkställighetshänseende, såsom exempelvis beslut 2004/573 [11]. Vad gäller direktiv 2001/40 [12] och beslut 2004/191 [13] har rådet hävdat att det rör sig om åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket, och som Förenade kungariket inte deltar i. Samarbetet vid antagandet av dessa två rättsakter grundas på det förhållandet att nämnda direktiv endast reglerar ett eventuellt ömsesidigt erkännande av beslut om avvisning eller utvisning av utlänningar från landet. Det hör således samman med avvisning eller utvisning av medborgare i tredjeland, vilka utan svårighet kan undgå avvisning eller utvisning genom att resa in i Förenade kungariket.

69. Rådet anser vidare att de åtgärder som hänger samman med personkontroller vid de yttre gränserna omfattas av Schengenregelverket. Till dessa åtgärder hör förordning nr 2252/2004, eftersom passkontroller i praktiken sker vid de yttre gränserna. Artikel 62.2 a EG, vilken utgör rättslig grund för förordning nr 2252/2004, fungerar som en länk mellan denna förordning och de yttre gränserna. Passkontroller utgör en väsentlig fråga för den fria rörligheten för personer i ett område där personkontroller vid de inre gränserna har avskaffats. Förenade kunga-

10 — Rådets förordning (EG) nr 334/2002 av den 18 februari 2002 om ändring av förordning (EG) nr 1683/95 om en enhetlig utformning av visumhandlingar (EGT L 53, s. 7).

11 — Rådets beslut 2004/573/EG av den 29 april 2004 om organisation av gemensamma flygningar för återsändande från två eller flera medlemsstaters territorium av tredjelandsmedborgare vilka omfattas av enskilda beslut om återsändande (EUT L 261, s. 5).

12 — Rådets direktiv 2001/40/EG av den 28 maj 2001 om ömsesidigt erkännande av beslut om avvisning eller utvisning av medborgare i tredje land (EGT L 149, s. 34).

13 — Rådets beslut 2004/191/EG av den 23 februari 2004 om fastställande av kriterier och närmare föreskrifter för ersättning för finansiella obalanser som uppstår till följd av tillämpningen av direktiv 2001/40/EG om ömsesidigt erkännande av beslut om avvisning eller utvisning av medborgare i tredje land (EUT L 60, s. 55).

riket har inte begärt att få delta i samarbetet inom detta område av Schengenregelverket. Följaktligen innehåller inte heller beslut 2000/365 någon bestämmelse om Förenade kungarikets samarbete med avseende på denna del av Schengenregelverket.

D — *De intervenienter som stöder rådet*

70. Kommissionen anser att rådets ståndpunkt vad gäller förhållandet mellan artiklarna 4 och 5 i Schengenprotokollet är korrekt. Kommissionen delar visserligen inte Förenade kungarikets uppfattning vad gäller skillnaden mellan Schengenintegrerade åtgärder och Schengenrelaterade åtgärder, men den har hävdat att förordning nr 2252/2004 utgör en Schengenintegrerad åtgärd, eftersom den är oupplösligt förbunden med den del av Schengenregelverket som Förenade kungariket inte deltar i.

71. Enligt kommissionen utgör enhetlighetsprincipen det utmärkande draget för det närmare samarbetet och Schengenregelverket. Följaktligen är det grundläggande syftet att skydda denna enhetlighet och Schengenregelverkets koherens. Enligt kommissionen är det riktigt att det i Schengenprotokollet föreskrivs ett delvist samarbete från enskilda medlemsstaters sida vilka inte ingår i Schengensystemet. Schengenprotokollet överlåter dock inte på dessa stater att fritt välja vilka delar av regelverket som samarbetet skall avse, vilket skulle leda till att det uppstod ett sammelsurium (*patchwork*) av samarbeten och skyldigheter.

72. Artikel 5 i Schengenprotokollet kan inte beaktas separat, det vill säga utan att beakta hela protokollets sammanhang. Följaktligen är teorin om självständig ställning vad gäller förhållandet mellan artiklarna 4 och 5 i protokollet felaktig. Kommissionen har påpekat att begreppet åtgärder "som grundar sig på Schengenregelverket", som det hänvisas till i artikel 5 i Schengenprotokollet, inte är oklart eller vagt. Antagandet av rättsakter med denna artikel som rättslig grund, om det sker inom ramen för utvecklingen av Schengenregelverket, skiljer sig inte från fastställandet av den rättsliga grund som krävs för att anta en gemenskapsrättslig rättsakt. Rådets kontroll i två etapper för att fastställa huruvida det är fråga om en åtgärd för att utveckla Schengenregelverket är korrekt och tillräcklig.

73. Slutligen har kommissionen hävdat att syftet med förordning nr 2252/2004 är att fastställa minimisäkerhetsstandarder för pass och resehandlingar. Därigenom är det möjligt att genom biometriska uppgifter fastställa en mer exakt koppling mellan innehavaren av passet och själva passet. Detta syfte är oupplösligt förbundet med den kontroll av de yttre gränserna som utgör själva kärnan i Schengensamarbetet. Förenade kungarikets medborgare diskrimineras därför inte på grund av att Förenade kungariket inte samarbetar i fråga om förordning nr 2252/2004. Irland och Förenade kungariket kan i sina pass införa de biometriska kännetecknen

även på grundval av Internationella civila luftfartsorganisationens (ICAO) standarder.

74. Konungariket Spanien har hävdat att den tolkning av Schengenprotokollet som Förenade kungariket har föreslagit utgör en fara för de åtgärder som redan beslutats inom området för det närmare samarbetet och skulle således undergräva principen om Schengenregelverkets enhetlighet. Enligt Konungariket Spanien följer inte en rätt för Förenade kungariket att samarbeta av en systematisk, teleologisk och historisk tolkning av artikel 5.1 i Schengenprotokollet. Vad beträffar de argument som Förenade kungariket har gjort gällande i andra hand, har Konungariket Spanien hävdat att det ankommer på rådet att avgöra vilka åtgärder som utgör en utveckling som grundar sig på Schengenregelverket.

75. Konungariket Nederländerna stöder rådets ståndpunkt beträffande beroendeförhållandet mellan artiklarna 5 och 4 i Schengenprotokollet och gjorde vid förhandlingen gällande att det enligt artikel 4 i protokollet krävs att beslut fattas av Schengenstaterna och Förenade kungariket med enhällighet. Kravet på enhällighet förhindrar att medlemsstaterna efter eget skön kan fatta ett beslut i fråga om samarbete i endast en del av Schengenregelverket, och skyddar därigenom Schengenregelverkets enhetlighet. Om artikel 5 i Schengenprotokollet tolkades på det sätt som Förenade kungariket har föreslagit, skulle det innebära att medlemsstaterna har rätt att inte samarbeta i fråga om åtgärder för att utveckla Schengenregelverket, trots att de samarbetar i fråga om Schengenregelverket.

V — Generaladvokatens bedömning

76. Genom Amsterdamfördraget har den europeiska integrationen fått en ny dimension. [14] Genom detta fördrag upprättades ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. [15] I doktrinen har det framhållits att begreppet närmare samarbete även gäller utvecklingen och slutförandet av detta område, [16] vilket, mot bakgrund av artikel 1 i Schengenprotokollet, även innefattar Schengenregelverket. [17] Schengenregelverket utformades till en början som en del av folkrätten och

14 — Thym, Daniel, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 2004, s. 79. Enligt författaren är det fråga om en ny integrationsfas efter genomförandet av den inre marknaden och den monetära unionen.

15 — Det skall påpekas att genom Amsterdamfördraget har avdelning VI EU ändrats och det har införts en ny avdelning IV i EG-fördraget för att upprätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.

16 — Bribosia, Hérvé, "Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam", *Cahiers de droit européen*, nr 1–2/2000, s. 57, på s. 88. Vad beträffar innebörden av närmare samarbete, vill jag även hänvisa till det anförande som hölls av Europeiska kommissionens före detta ordförande Jacques Delors inför Konungariket Belgiens senat i mars 2007. Ett sammandrag av anförandet har publicerats i *Agence Europe* nr 9407 av den 17 april 2007.

17 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 83. Författaren hänvisar även till artikel 43 i EU, där det föreskrivs att det föreslagna närmare samarbetet inte påverkar bestämmelserna i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar.

infördes i unionsrätten och gemenskapsrätten i enlighet med artikel 2.1 i Schengenprotokollet. [18]

77. I målen C-137/05 och C-77/05 har domstolen att ta ställning till tolkningen av protokollen, vilka särskilt avser det närmare samarbetet. [19] Den traditionella uppfattningen av europeisk integration följer av begreppet enhetlig integration, det vill säga inrättandet av enhetliga regler som är tillämpliga på samma sätt i samtliga medlemsstater. [20] Till följd av ändringarna av de ursprungliga fördragen, varigenom Europeiska gemenskapens och Europeiska unionens behörighet utvidgades, och till följd av de senaste utvidgningarna av unionen, vilka har medfört en större heterogenitet vad gäller strukturer och intressen, kan begreppet enhetlig integration inte längre tillämpas på samma sätt som då Europeiska ekonomiska gemenskapen bestod av sex eller nio medlemmar. [21] Det närmare samarbetet ger i juridiska termer uttryck för en kompromiss mellan en utvidgning och en fördjupning av unionen. [22] Schengenregelverket utgör enligt doktrinen en särskild och modifierad form av närmare samarbete som införts av vissa medlemsstater genom internationella avtal, [23] genom det i Schengen den 14 juni 1985 undertecknade avtalet om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna mellan regeringarna i de stater som ingår i den ekonomiska unionen Benelux, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken (nedan kallat Schengenavtalet) och genom den i Schengen den 19 juni 1990 undertecknade tillämpningskonventionen till Schengenavtalet av den 14 juni 1985 om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (nedan kallad tillämpningskonventionen) utanför dåvarande gemenskapens, nuvarande unionens, institutionella ramar. [24] Båda avtalen har upphört att existera som självständiga folkrättsliga rättsakter genom ikraftträdandet av Amsterdamfördraget. [25]

18 — Boer den, Monica, "Not Merely a Matter of Moving House: Police Co-operation from Schengen to the TEU", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nr 7, 2000, s. 336, på s. 337; Bender, Tobias, *Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza*, ZaöRV 2001, s. 730, på s. 743); Gautier, Marie, "Accords de Schengen", artikel 2630 i uppslagsverket *JurisClasseur Europe Traité*, punkt 38; Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 82. Sistnämnda författare hävdar att Schengenprotokollet är tillämpligt på första och tredje pelarna, och att det av den anledningen antogs som en bilaga till EU-fördraget och EG-fördraget.

19 — I dom av den 31 januari 2006 i mål C-503/03, kommissionen mot Spanien (REG 2006, s. I-1097), punkt 34, har domstolen slagit fast att "bestämmelserna i Schengenregelverket är tillämpliga endast om och i den utsträckning som de är förenliga med unions- och gemenskapsrätten". I artikel 1 i Schengenprotokollet föreskrivs att det närmare samarbetet i samband med Schengenregelverket skall genomföras inom Europeiska unionens institutionella och rättsliga ramar och med iakttagande av fördragen. Genom denna bestämmelse kommer den princip som föreskrivs i artikel 43.1 EU, enligt vilken det närmare samarbetet skall respektera fördragen och unionens institutionella ram samt gemenskapsrätten, särskilt till uttryck.

20 — Bender, *Die verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza*, s. 730, 731 och 767.

21 — Jacqué, Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3. uppl., Paris. 2004, s. 161, vari det hävdas att det närmare samarbetet följer av att det är omöjligt för samtliga medlemsstater att hålla samma takt på vägen mot integration.

22 — Blanke, *Titel VII, Bestimmungen über eine Verstärkte Zusammenarbeit*, i Grabitz/Hilf, punkt 1.

23 — Med hänvisning till artikel 134 i tillämpningskonventionen har det i doktrinen erinrats om att Schengenregelverket redan från början inte stod i strid med gemenskapsrätten (Van Simaeys, Benoit, Carlier, Jean-Yves, "Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice", i Lejeune, Yves (utg.): *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bryssel, 1999, s. 250).

24 — Blanke, *Titel VII, Bestimmungen über eine Verstärkte Zusammenarbeit*, i Grabitz/Hilf, punkt 9, Gautier, *Accords de Schengen*, punkterna 1 och 2. Det har skett en utveckling utanför de ursprungliga fördragen, eftersom gemenskapen, trots sin behörighet såvitt avser fri rörlighet för personer, ännu inte hade behörighet att reglera den rättsliga ställningen för medborgare i tredje land.

25 — Gautier, *Accords de Schengen*, punkt 3. Enligt författaren har det regelverk som upprättats på grundval av Schengenavtalen integrerats i Europeiska unionens institutionella ramar genom Amsterdamfördraget.

78. Det skall först och främst påpekas att det i primärrätten inte görs någon åtskillnad mellan Schengenintegrerade åtgärder (*Schengen-integral measures*) och Schengenrelaterade åtgärder (*Schengen linked measures*). Även Förenade kungariket har medgett detta, då det i sin replik har hävdat att denna åtskillnad är ett analytiskt hjälpmedel för att fastställa de fåtal fall då det är berättigat att utesluta Irland och Förenade kungariket från samarbetet vid beslut om åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket. [26]

79. I artikel 5 i Schengenprotokollet nämns förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket. [27] Vid förhandlingen talade dock samtliga parter om "utveckling" av Schengenregelverket. Det skall därför fastställas huruvida begreppet åtgärder som "grundar sig på Schengenregelverket" och begreppet åtgärder "för att utveckla Schengenregelverket" är synonyma.

80. I sekundärrätten, exempelvis i skäl 6 i rådets direktiv 2001/51/EG av den 28 juni 2001 om komplettering av bestämmelserna i artikel 26 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 (nedan kallat direktiv 2001/51), [28] används i den engelska och den spanska språkversionen samma uttryck som används i artikel 5 i Schengenprotokollet, men så är inte fallet i den slovenska, den franska, den tyska och den italienska språkversionen. [29] I skäl 13 i rådets förordning (EG) nr 377/2004 av den 19 februari 2004 om inrättande av ett nätverk av sambandsmän för invandring (nedan kallad förordning nr 377/2004) [30] används samma uttryck som i Schengenprotokollet i den engelska, den franska, den italienska och den spanska språkversionen, men inte i den slovenska och den tyska språkversionen. [31] I skäl 12 i rådets beslut 2005/267/EG av den 16 mars 2005 om inrättande av ett säkrat webbaserat informations- och samordningsnätverk för de myndigheter och liknande som hanterar migrationsfrågor i medlemsstaterna (nedan kallat beslut 2005/267) [32] nämns de åtgärder som utvecklar bestämmelserna i Schengenregelverket mot organiseringen av olaglig invandring. [33] I den engelska, den franska,

26 — Repliken i mål C-137/05, punkt 72.

27 — I den engelska språkversionen av protokollet används uttrycket "Proposals and initiatives to build upon the Schengen *acquis*", i den franska "Les propositions et initiatives fondés sur l'acquis de Schengen", i den tyska "Vorschläge und Initiativen auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands", i den italienska "Le proposte e le iniziative che si baseranno sull'acquis di Schengen", och i den spanska "Las propuestas e iniciativas para desarrollar el acervo de Schengen".

28 — EGT L 187, s. 45.

29 — I den slovenska språkversionen "Ta direktiva pomeni nadaljnji razvoj schengenskega pravnega reda ...", i den engelska "This Directive builds on the Schengen acquis ...", i den franska "La présente directive constitue un développement de l'acquis de Schengen ...", i den tyska "Diese Richtlinie stellt eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands ...", i den italienska "Il presente strumento rappresenta uno sviluppo dell'acquis di Schengen ..." och i den spanska "La presente Directiva constituye un desarrollo del acervo de Schengen ...".

30 — EUT L 64, s. 1.

31 — I den slovenska språkversionen "Ta uredba je akt, ki temelji na schengenskem pravnem redu ...", i den engelska "This Regulation constitutes an act building on the Schengen acquis ...", i den franska "Le présent règlement constitue un acte fondé sur l'acquis de Schengen ...", i den tyska "Diese Verordnung stellt einen auf dem Schengen-Besitzstand aufbauenden ... Rechtsakt ...", i den italienska "Il presente regolamento costituisce un atto basato sull'acquis di Schengen ...", och i den spanska "El presente Reglamento constituye un acto que desarrolla el acervo de Schengen ...".

32 — EUT L 83, s. 48.

33 — I den engelska språkversionen "... to the extent that its measures develop provisions of the Schengen acquis against the organisation of illegal immigration ...", i den franska "... pour autant que ses mesures développent les dispositions de l'acquis de Schengen afin de lutter contre l'organisation de l'immigration illégale ...", i den tyska "... deren Maßnahmen eine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung darstellen ...", i den italienska "... nella misura in cui le sue misure sviluppano le disposizioni dell'acquis di Schengen volte a combattere l'organizzazione di immigrazione illegale ...", i den spanska "... en la medida en que desarrolla las disposiciones del acervo de Schengen en materia de lucha contra la organización de la inmigración ilegal ...".

den italienska och den spanska språkversionen används samma uttryck som i artikel 5 i protokollet, men inte i den slovenska eller den tyska språkversionen.

81. Jag vill dock påpeka att innehållet i de språkversioner där sekundärrätten som antagits på grundval av Schengenregelverket inte använder samma uttryck – som exempelvis i den tyska och den italienska språkversionen av Schengenprotokollet och de sekundärrättsakter som nämns ovan i punkt 80 – är exakt identiskt med innehållet i de språkversioner där samma uttryck används, såsom exempelvis är fallet med den engelska språkversionen av dessa rättsakter. När innehållet i de olika språkversionerna skiljer sig åt, på grund av att olika uttryck används i rättsakterna, är det nödvändigt, vid tolkningen av bestämmelsen i gemenskapsrätten, att göra en jämförelse mellan bestämmelsens olika språkversioner. [34] Om innehållet i de olika språkversionerna visar sig vara olika skall bestämmelsen i fråga tolkas med beaktande av den allmänna systematiken i och syftet med den reglering i vilken bestämmelsen ingår. [35] Syftet med artikel 5 i Schengenprotokollet är att föreskriva ett särskilt förfarande för Förenade kungarikets och Irlands samarbete vid antagandet av nya rättsakter som grundar sig på Schengenregelverket och som således utgör en utveckling av detta regelverk.

82. Det skall först och främst påpekas att förevarande mål har ett nära samband med tolkningen av de protokoll och förklaringar som fogats till EU- och EG-fördragen. I doktrinen har man i dessa protokoll och förklaringar identifierat två traditionella kategorier av bilagor till de ursprungliga fördragen. [36] Enligt artikel 311 EG skall de protokoll [37] som medlemsstaterna i samförstånd fogat till EG-fördraget utgöra en integrerad del av fördraget och ha samma rättsliga status som de ursprungliga fördragen. [38] I målet Miraglia [39] tillämpade domstolen artikel 2 i Schengenprotokollet

34 — Jag vill erinra om domen av den 2 april 1998 i mål C-296/95, EMU Tabac m.fl. (REG 1998, s. I-1605), punkt 36, där domstolen, i fråga om skillnaderna mellan den danska och den grekiska språkversionen av rådets direktiv 92/12/EEG av den 25 februari 1992 om allmänna regler för punktskattepliktiga varor och om innehav, flyttning och övervakning av sådana varor (EGT L 76, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 2, s. 57), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/108/EEG av den 14 december 1992 (EGT L 390, s. 124; svensk specialutgåva, område 9, volym 2, s. 129), slog fast följande: "Att inte beakta dessa två språkversioner, vilket klagandena i målet vid den nationella domstolen har föreslagit, skulle ... stå i strid med EG domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken nödvändigheten av en enhetlig tolkning av gemenskapens rättsakter utesluter att en bestämmelse, då osäkerhet råder, betraktas för sig utan tvärtom kräver att den skall tolkas och tillämpas mot bakgrund av de övriga språkversionerna ... Alla språkversioner skall dessutom av principiella skäl tillmätas samma värde, som inte kan variera på grund av den andel av gemenskapsbefolkningen som använder språket i fråga."

35 — Dom av den 27 oktober 1977 i mål C-30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkt 14, och av den 7 december 1995 i mål C-449/93, Rockfon (REG 1995, s. I-4291), punkt 28. Målet Rockfon rörde tolkningen av artikel 1 i rådets direktiv 75/129/EEG av den 17 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar (EGT L 48, s. 29; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 185). Det var nödvändigt att tolka begreppet arbetsplats som förekommer i denna artikel, "establishment" i den engelska versionen, "établissement" i den franska, "stabilimento" i den italienska och "obrat" i den slovenska. Efter att ha undersökt de olika språkversionerna av direktivet fann domstolen följande: "Det framgår ... vid en jämförelse av de begrepp som [undersökts] att de har olika bibetydelser, nämligen från fall till fall anläggning, företag, arbetscentrum, lokal enhet eller arbetsplats" (punkt 27).

36 — Michel, Valérie, "Actes annexés au traité", artikel 150 i uppslagsverket *JurisClasseur Europe* Traité, punkt 3.

37 — Enligt tysk doktrin innehåller inte gemenskapsrätten någon definition av begreppet protokoll som nämns i artikel 311 EG (Weber, i von den Groeben/Schwarze, artikel 311, punkt 1).

38 — Michel, *Actes annexés au traité*, punkt 36. Enligt författaren har protokollen exakt samma rättsliga status som de ursprungliga fördragen.

39 — Dom av den 10 mars 2005 i mål C-469/03, Miraglia (REG 2005, s. I-2009).

som en del av primärrätten. De förklaringar som fogats till EG- och EU-fördragen skall däremot inte anses likvärdiga med protokollen, [40] eftersom de inte är bindande. [41] De förklaringar som antagits av regeringskonferensen utgör inte en del av de ursprungliga fördragen, men kan vara av relevans vid tolkningen av dessa fördrag enligt artikel 31.2 b i Wienkonventionen om traktaträtten. [42] Skillnaden mellan protokollen och förklaringarna är av särskild vikt, eftersom institutionerna måste iaktta protokollen vid utövandet av sin normgivningsverksamhet. [43]

A — *Huruvida talan kan tas upp till sakprövning*

83. Förenade kungariket har, i sin egenskap av medlemsstat, i enlighet med artikel 230 EG väckt talan inom fristen om ogiltigförklaring av förordning nr 2252/2004, en rättsakt som har antagits av rådet. Med beaktande av bestämmelserna i artikel 230 EG kan talan tas upp till sakprövning. [44]

B — *Den rättsliga ställningen för vissa andra stater i förhållande till Schengenregelverket*

84. Innan jag övergår till bedömningen av Förenade kungarikets och Irlands ställning i förhållande till Schengenregelverket skall det kort redogöras för vissa andra staters ställning. Inom Schengenregelverket förekommer nämligen olika former av samarbete, som endast gäller i förhållande till vissa stater.

1. Danmark

85. Danmark godtar principen om avskaffande av interna gränskontroller, men inte

40 — Weber, i von den Groeben/Schwarze, artikel 311, punkt 2.

41 — Lenaerts, Koen, Van Nuffel, Piet, Bray, Robert, *Constitutional Law of the European Union*, 2 uppl., London, 2005, s. 710; Blumann, Claude, Dubois, Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2 uppl., Paris. 2005, s. 394.

42 — Weber, i von den Groeben/Schwarze, artikel 311, punkt 3; *Michel*, Actes annexés au traité, punkt 42. I dom av den 30 april 1996 i mål C-58/94, Nederländerna mot rådet (REG 1996, s. I-2169), i vilket Konungariket Nederländerna bland annat yrkade att rådets beslut 93/731/EG av den 20 december 1993 om allmänhetens tillgång till rådets handlingar (EGT L 340, s. 43; svensk specialutgåva, område 16, volym 2, s. 64) skulle ogiltigförklaras, hänvisade domstolen till förklaring nr 17 om rätten till tillgång till information, som finns bilagd slutakten från den konferens för medlemsstaternas stats- och regeringschefer då EU-fördraget antogs.

43 — Michel, *Actes annexés au traité*, punkt 37.

44 — I Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 222, erinras även om en annan uppfattning i doktrinen, nämligen att om en normativ rättsakt inom området för det närmare samarbetet inte är giltig i förhållande till en medlemsstat, kan medlemsstaten endast angripa rättsakten för det fall den går utöver det normativa området för det närmare samarbetet, på grund av att sekundärrättsakten antagits utanför det lagliga kompetensområdet (*ultra vires*) eller om det skett ett åsidosättande av de rättigheter, de skyldigheter eller den behörighet som tillkommer de medlemsstater som inte deltar i det närmare samarbetet. Denna ståndpunkt kan inte godtas, eftersom den står i strid med den klara ordalydelsen i artikel 230 EG.

principen om att den så kallade gemenskapsmetoden är tillämplig på Schengenregelverket i rättsliga och inrikes frågor. [45] Enligt artikel 1 i Schengenprotokollet ingår Konungariket Danmark i Schengensystemet, men i artikel 3 i samma protokoll regleras, som *lex specialis*, den särskilda ställning som denna medlemsstat har.

86. Till Amsterdamfördraget har även fogats ett särskilt protokoll om Danmarks ställning. Enligt artikel 5 i det protokollet utgör Schengenregelverket, för Danmarks del, en del av folkrätten. [46] Enligt enhetlighetsprincipen medger dock artikel 5.2 i nämnda protokoll särskilt att de andra Schengenstaterna får åberopa förbehållet om reciprocitet (*tu quoque*), om Danmark beslutar att inte genomföra ett beslut av rådet till följd av ett förslag eller initiativ om utbyggnad av Schengenregelverket.

2. Nya medlemsstater

87. Eftersom talan väcktes före ikraftträdandet av fördraget om Republiken Bulgariens och Rumäniens anslutning till Europeiska unionen kommer bedömningen, i enlighet med principen *tempus regit actum*, att begränsas till Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till Europeiska unionen. För övrigt motsvarar Bulgariens och Rumäniens ställning i huvudsak ställningen för de medlemsstater som anslöt sig år 2004. [47]

88. De nya medlemsstaternas ställning regleras allmänt av artikel 8 i Schengenprotokollet, vilken har följande lydelse: "I samband med förhandlingarna om nya medlemsstaters tillträde till Europeiska unionen skall Schengenregelverket samt ytterligare åtgärder som institutionerna beslutar på detta regelverks tillämpningsområde betraktas som ett regelverk som måste godtas till fullo av alla stater som ansöker om tillträde." [48]

45 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 103; Gautier, *Accords de Schengen*, punkt 39. Dessa författare framhåller att Konungariket Danmark inte accepterar att innehållet i Schengenregelverket blir en del av gemenskapsrätten, med hänsyn till vad som kännetecknar gemenskapsrätten. Följaktligen godtar inte Konungariket Danmark den överstatliga metoden inom första pelaren utan föredrar den mellanstatliga metoden inom tredje pelaren.

46 — Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, s. 163.

47 — Gautier, *Accords de Schengen*, punkt 36.

48 — Gautier, *Accords de Schengen*, punkt 36. Med andra ord skall de tio nya stater som anslöt sig år 2004 samarbeta inom Schengenregelverket från och med dagen för anslutningen, eftersom det utgör en del av gemenskapens regelverk som dessa är tvungna att införliva. Se även artikel 3.1 i akten om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen.

89. De bestämmelser i Schengenregelverket som inte avses i artikel 3.1 i akten om villkoren för anslutning skall vara bindande för de nya medlemsstaterna från och med dagen för anslutningen men skall inte tillämpas förrän efter beslut av rådet när det i enlighet med tillämpliga Schengenutvärderingsförfaranden har kontrollerats att de nödvändiga villkoren för tillämpning av samtliga delar av regelverket är uppfyllda i de nya staterna, och efter det att Europaparlamentet har hörts. [49] I primärrätten fastställs på så sätt att de nya medlemsstaterna blir Schengenstater när villkoren enligt Schengenutvärderingsförfarandena är uppfyllda. [50] Följaktligen kan ställningen för de nya medlemsstaterna mer korrekt definieras som ett slags övergångsperiod.

3. Island och Norge

90. Island och Norge bildar, tillsammans med Sverige, Finland och Danmark, den nordiska passunionen. Inom denna union avskaffades de inre gränskontrollerna redan år 1957. [51] Sverige, Finland och Danmark har även blivit Schengenstater genom Schengenavtalets undertecknande och ikraftträdande.

91. Sedan ikraftträdandet av Amsterdamfördraget regleras ställningen för dessa två stater i artikel 6 i Schengenprotokollet, vilken tillåter Island och Norge att samarbeta inom Schengenregelverket, trots att de inte är medlemsstater i Europeiska unionen. Av detta skäl skall bestämmelsen i artikel 6 i nämnda protokoll anses utgöra en folkrättslig bestämmelse, som reglerar förhållandet mellan unionen och två tredjeländer, snarare än en rättsregel i gemenskapen eller Europeiska unionen.

C — *Förenade kungarikets och Irlands ställning i Schengenregelverket*

92. Förenade kungariket och Irland samarbetar inte inom ramen för politiken för att

49 — Detta föreskrivs i artikel 3.2 första stycket i akten om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen.

50 — Mariani, Thierry, *Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur la politique européenne des visas* (dokument E 2811, E 3023, E 3159 och E 3208), Paris. 2007, s. 20.

51 — Van Simaeys, Benoit, Carlier, Jean-Yves, *Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice*, s. 258. Nordiska passsunionen är en sammanslutning av de nordiska länderna i syfte att möjliggöra passage av de gemensamma gränserna utan pass.

avskaffa personkontroller vid de inre gränserna och de vill inte vara bundna av gemenskapsbestämmelserna rörande medborgare i tredjeland. [52] Följaktligen föreskrivs det i Schengenprotokollet att Förenade kungariket och Irland inte är bundna av Schengenregelverket. [53] Med stöd av artikel 4 i Schengenprotokollet får dock Förenade kungariket och Irland när som helst begära att vissa eller samtliga bestämmelser i detta regelverk skall tillämpas på dem.

93. Enligt protokollet om avdelning IV får Förenade kungariket och Irland välja att inte delta (*opt-out*) i de rättsakter som antas med stöd av avdelning IV EG. [54] De åtgärder som beslutas med stöd av avdelning IV EG är inte bindande för dessa stater. [55]

94. Förenade kungariket och Irland samarbetar inom ramen för Schengenregelverkets så kallade kompensationsåtgärder (*mesures compensatoires*) och såvitt avser den framtida utvecklingen av dessa. [56] I doktrinen beskrivs Förenade kungarikets ställning som att denna stat helt motsätter sig fri rörlighet för personer utan kontroller av dessa vid de inre gränserna, samtidigt som den dock vill samarbeta i fråga om den repressiva delen av reglerna rörande fri rörlighet. [57]

95. Rådet har beaktat Förenade kungarikets önskan och har, genom beslut 2000/365, fastställt vilka delar av Schengenregelverket som Förenade kungariket deltar i. I artikel 8.2 i nämnda beslut anges klart att Förenade kungariket, i enlighet med artikel 5 i Schengenprotokollet, skall anses till rådets ordförande ha anmält sin önskan att delta i alla förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket enligt artikel 1 i beslut 2000/365. [58]

52 — Gautier, *Accords de Schengen*, punkt 31, vilken även hänvisar till protokollet om tillämpning av vissa inslag i artikel 14 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, i vilket det föreskrivs att Förenade kungariket och Irland får behålla kontroller av personer som passerar gränserna.

53 — Gautier, *Accords de Schengen*, punkterna 30 och 32.

54 — Artikel 1 i protokollet om avdelning IV.

55 — Artikel 2 i protokollet om avdelning IV. Enligt Amsterdamfördragets bestämmelser befinner sig Förenade kungariket i en ställning som innebär att den inte samarbetar inom Schengenregelverket och även har rätt att välja att inte delta (*opt-out*) med avseende på hela det område som rör frihet, säkerhet och rättvisa (Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 90).

56 — I Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 82, klargörs att innehållet i Schengenregelverket inte är begränsat enbart till avskaffandet av inre gränser och de gemensamma bestämmelserna om yttre gränser, utan även omfattar kompensationsåtgärder på områdena för polissamarbete, viseringspolitik, informationsutbyte inom ramen för Schengens informationssystem (SIS) och Sirenenätet, vilka innehåller uppgifter rörande medborgare i tredjeland. I en annan del av doktrinen framhålls dock att på vissa områden utgör kompensationsåtgärderna en mer omfattande företeelse, att dessa avser unionen i sin helhet och att de således inte endast syftar på Schengenregelverket (*Gautier*, Accords de Schengen, punkt 84, som i det avseendet hänvisar till exempelvis kampen mot olaglig invandring av medborgare från tredjeland till medlemsstaterna).

57 — Gautier, *Accords de Schengen*, punkt 32.

58 — I artikel 1 i beslut 2000/365 finns en förteckning över de bestämmelser i Schengenregelverket som är tillämpliga på Förenade kungariket. Se även rådets beslut 2004/926/EG av den 22 december 2004 om att vissa bestämmelser i Schengenregelverket skall börja tillämpas på Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (EUT L 395, s. 70).

D — *Förhållandet mellan artiklarna 4 och 5 i Schengenprotokollet*

96. I förevarande mål aktualiseras frågan rörande förhållandet mellan artiklarna 4 och 5 i Schengenprotokollet, vilka båda hänvisar till Förenade kungarikets och Irlands ställning. Artikel 5.1 innehåller ett slags *ius variandi*, det vill säga en rätt för Förenade kungariket och Irland att välja bland de nya rättsakterna inom Schengenregelverket.[59] Till skillnad från vad som är fallet beträffande godtagandet av redan befintliga rättsakter på området, krävs inte övriga deltagande medlemsstaters eller kommissionens samtycke såvitt avser Förenade kungarikets och Irlands samarbete på grundval av artikel 5 i Schengenprotokollet. Enligt artikel 5.1 i protokollet krävs endast en skriftlig underrättelse från Förenade kungariket eller Irland om att de önskar delta i förslag och initiativ för att utveckla Schengenregelverket. Till följd av den officiella underrättelsen har Förenade kungariket och Irland samma rättigheter och skyldigheter som övriga Schengenstater, och de kan delta i antagandet av dessa rättsakter. Det betyder slutligen att dessa två stater genom sitt agerande kan försena eller till och med blockera beslut om en Schengenåtgärd.[60]

97. I doktrinen och rättspraxis har det ännu inte tagits ställning till frågan huruvida artikel 5 i Schengenprotokollet, och dess mekanism med ensidiga viljeförklaringar, är tillämplig även på de rättsakter varigenom det redan befintliga Schengenregelverket utvecklas, men som Förenade kungariket och Irland inte har anslutit sig till enligt artikel 4 i nämnda protokoll. Doktrinen utgår från antagandet att, enligt en logisk och systematisk tolkning, Förenade kungariket och Irland måste nekas möjligheten att samarbeta beträffande åtgärder som utvecklar Schengenregelverket enligt artikel 5 i Schengenprotokollet, om en sådan utveckling inte kan existera självständigt. En sådan situation föreligger när den åtgärd varigenom regelverket utvecklas inte kan genomföras utan en samtidig tillämpning av åtgärder och rättsakter som inte är tillämpliga på Irland och Förenade kungariket.[61]

98. I doktrinen görs det å ena sidan gällande att Förenade kungariket och Irland kan samarbeta i fråga om nämnda rättsakter endast om de först iakttar förfarandet i artikel 4 i Schengenprotokollet.[62] Å andra sidan påpekas det att det inte står klart huruvida artikel 4 kan vara tillämplig vid antagandet av rättsakter som utvecklar Schengenregelverket, eftersom artikeln – ur systematisk synvinkel – föregår artikel 5,

59 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 96.

60 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 96. Författaren påpekar att förbudet mot obstruktion, vilket utan tvivel gäller inom andra områden av rättsligt samarbete i fråga om frihet, säkerhet och rättvisa, inte är tillämpligt på Schengenregelverket på grund av Schengenprotokollets specifika karaktär, vilken framgår av artikel 7 i protokollet om avdelning IV.

61 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 97. Författaren hänvisar även till det synsätt som försöker att utvidga kravet på samtycke från Schengenstaterna i artikel 4 i Schengenprotokollet till att omfatta artikel 5 i protokollet. Det skulle till slut innebära att artiklarna 4 och 5 har olika tillämpningsområden, i enlighet med teorin om självständig ställning.

62 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 98.

vilken reglerar möjligheten till utveckling. [63] Särskilt i den engelska doktrinen framhålls att Förenade kungarikets samarbete vad gäller de åtgärder som utvecklar Schengenregelverket inte kräver Schengenstaternas samtycke, [64] ett samtycke som däremot är kännetecknande för artikel 4 i Schengenprotokollet.

99. Vid en närmare analys framgår dock att tillämpningsområdet för den *ius variandi* som står till Förenade kungarikets förfogande enligt artikel 5 i Schengenprotokollet är mer begränsat än vad som framgår vid en första anblick.

100. Det står klart att Förenade kungariket och Irland kan delta vid utvecklingen av en åtgärd inom ramen för Schengenregelverket, i fråga om vilken de samarbetar på grundval av artikel 4 i Schengenprotokollet.

101. Om Förenade kungariket och Irland inte samarbetar på grundval av artikel 4 inom det område som utvecklingen avser, är situationen däremot en annan. En tillämpning av förfarandet i artikel 5 i Schengenprotokollet utan att tillämpa artikel 4 i samma protokoll är endast möjlig om det rör sig om en rättsakt för att utveckla Schengenregelverket som kan tillämpas självständigt. *Ius variandi* avser endast förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket och som kan tillämpas självständigt. [65] Om Förenade kungariket eller Irland, endast på grundval av den mekanism som föreskrivs i artikel 5 i Schengenprotokollet, kunde ansluta sig till Schengensamarbetet inom ett område där det, med avseende på samarbete, krävs en föregående tillämpning av artikel 4 i nämnda protokoll, skulle den sistnämnda bestämmelsen förlora sin ändamålsenliga verkan. [66] Kommissionen har tagit upp problemet i sina skriftliga yttranden. Enligt kommissionen skulle det medföra att en del av Schengenregelverket tillämpades på Förenade kungariket, utan att denna stat har anslutit sig till regelverket. För att Förenade kungariket och Irland skall kunna samarbeta i utvecklingen av en del av Schengenregelverket krävs följaktligen i regel att förfarandet i artikel 4 i protokollet först slutföras. [67] Även beslut 2000/365 grundar sig på en identisk uppfattning rörande förhållandet mellan artiklarna 4 och 5 i det aktuella protokollet. Det beslutet antogs med artikel 4 i Schengenprotokollet som rättslig grund. [68]

63 — Schauer, Martin, *Schengen – Maastricht – Amsterdam, Auf dem Weg zu einer flexiblen Union, Wien*, 2000, s. 215. Författaren till nämnda studie utgår från antagandet att artikel 5 utgör *lex specialis* i förhållande till artikel 4 i Schengenprotokollet.

64 — Dougan Michael, "Union Competences", i Arnull, Anthony, Dashwood, Alan, Dougan, Michael, Ross, Malcolm, Spaventa, Eleanor, Wyatt, Derrick, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5 uppl., London, 2006, s. 115. Författaren behandlar frågan om Förenade kungarikets ställning i förhållande till Schengenregelverket som en del av unionens nya princip om flexibel organisation (*flexibility*). Författaren utläser ur Schengenprotokollet företeelsen "primär flexibilitet", eftersom det rör sig om en flexibilitet som regleras av de ursprungliga fördragen.

65 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 98.

66 — Beträffande principen om ändamålsenlig verkan vid tolkningen av internationella avtal görs det i doktrinen gällande att denna princip har ett nära samband med den teologiska tolkningen av internationella avtal (Stein Torsten, von Buttlar Christian, *Völkerrecht*, elfte helt reviderade utgåvan, Köln, 2005, s. 28).

67 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 98. Författaren understryker att på så sätt kommer en ensidig viljeförklaring, grundad på en skönsmässig bedömning av samarbetets lämplighet, i den mening som avses i artikel 5 i Schengenprotokollet, inte att få någon större betydelse för utvecklingen av åtgärder eller de områden som inte kan bli föremål för en självständig tillämpning.

68 — I det textavsnitt som rör den rättsliga grunden för beslut 2000/365 anges följande: "[M]ed beaktande av artikel 4 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar med Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, (nedan kallat Schengenprotokollet) ..."

Endast artikel 8.2 i beslut 2000/365 innehåller bestämmelser som reglerar tillämpningen av förfarandet i artikel 5 i Schengenprotokollet. Detta innebär således att artikel 4 i samma protokoll är den enda rättsliga grunden för bestämmelsen om tillämpning av mekanismen i artikel 5 i protokollet. Detta talar således klart för att det finns en praxis som består i att tillämpa förfarandet i artikel 4 före det förfarande som föreskrivs i artikel 5 i Schengenprotokollet.

102. Det är därför nödvändigt att fastställa huruvida förordning nr 2252/2004 utgör en åtgärd för att utveckla Schengenregelverket som kan tillämpas självständigt. Som jag redan har påpekat utgör avskaffandet av personkontroller vid de inre gränserna en väsentlig del av Schengenregelverket. Avskaffandet av de inre gränserna har dock med nödvändighet ett samband med standardiseringen av kontrollerna vid de yttre gränserna. [69] Följaktligen omfattas även kontrollerna vid de yttre gränserna av Schengenregelverket. [70]

103. I artikel 1.3 i förordning nr 2252/2004 föreskrivs att "[d]enna förordning är tillämplig på pass och resehandlingar som utfärdas av medlemsstaterna". Historiskt sett antogs bestämmelser om pass och resehandlingar i det huvudsakliga syftet att kontrollera de egna medborgarna när dessa reste utomlands. I andra hand fyller dessa bestämmelser ännu i dag funktionen som ett hjälpmedel för att kontrollera utlänningars inresa till staten. [71] Passet utgör en juridisk handling som är erkänd på internationell nivå och är enligt doktrinen väsentlig för att möjliggöra fri rörlighet för personer mellan staterna. [72] Till följd av de särskilda regler som införts i Schengenregelverket, inom ramen för vilka personkontrollerna vid de inre gränserna har avskaffats, sker den internationella rörligheten av personer som omfattas av passkontroll vid Schengenstaternas yttre gränser. [73]

104. Även om förordning nr 2252/2004 endast reglerar minimisäkerhetsstandarder, omfattar dessa, enligt artikel 1.2 i förord-

69 — Opermann, Thomas, *Europarecht*, München, 2005, s. 504.

70 — År 2006 antogs Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, s. 1). I skäl 27 i nämnda förordning anges tydligt att "[f]örordningen innebär en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket, i vilka Förenade kungariket inte deltar enligt rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 om en begäran från Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket. Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av denna förordning, som inte är bindande för eller tillämplig i Förenade kungariket". Enligt artikel 1 avser förordningen två likvärdiga aspekter, nämligen, för det första, principen om att ingen gränskontroll skall ske av personer vid passage av de inre gränserna mellan Europeiska unionens medlemsstater och, för det andra, reglerna för gränskontroll av personers passage av medlemsstaternas yttre gränser.

71 — I Graßhof, Malte, "Melderecht, Reisepassrecht, Namensrecht, Staatsangehörigkeits- und Einbürgerungsrecht", i Bergmann, Jan och Kenntner, Markus, *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, Stuttgart, 2002, s. 301, 307 och 310, görs det gällande att pass och resehandlingar utgör hjälpmedel för att kontrollera personers identitet och nationalitet.

72 — Graßhof, "Melderecht, Reisepassrecht, Namensrecht, Staatsangehörigkeits- und Einbürgerungsrecht", s. 309.

73 — Opermann, "Europarecht", s. 505, Harms, Karsten, "Ausländerrecht", i Bergmann, Kenntner, *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, s. 166, där det hänvisas till artikel 61 a EG, i vilken det föreskrivs att rådet skall inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta om åtgärder som syftar till att säkerställa den fria rörligheten för personer, och i samband därmed besluta om direkt relaterade stödåtgärder avseende kontroller vid yttre gränser, asyl och invandring.

ningen, även kontrollkännetecken som skall kontrolleras när de yttre gränserna passeras, såsom exempelvis ansiktsbilden och fingeravtrycken. Dessa kontrollkännetecken gör det möjligt att genomföra förordningen på ett korrekt sätt. Kontrollen av dessa kännetecken, och särskilt kontrollen av ansiktsbilden, utgör en väsentlig del av personkontrollen vid passage av Schengenområdets yttre gränser. Med andra ord skall dessa kontrollkännetecken, såsom ansiktsbilden, användas vid personkontroll vid passage av gränsövergångar. Följaktligen kan inte förordning nr 2252/2004 tillämpas på ett självständigt sätt.

105. Enligt den definition som getts i punkt 97 ovan innebär det att förordning nr 2252/2004 inte kan vara tillämplig utan ett samtidigt genomförande av andra rättsakter i Schengenregelverket.[74] Detta visar i det konkreta fallet att teorin om att artikel 5 har en underordnad ställning i förhållande till artikel 4 i Schengenprotokollet, vilken särskilt gjorts gällande av rådet och kommissionen, utgör en korrekt tolkning av detta protokoll.

106. En hänvisning till förklaringarna nr 45 och nr 46 i Amsterdamfördraget föranleder inte en annan slutsats. I förklaring nr 45, vilken fogats till Amsterdamfördraget, hänvisas det uttryckligen till förfarandet i artikel 4 och inte till förfarandet i artikel 5 i Schengenprotokollet.

107. Jag anser att det av förklaring nr 46, vilken fogats till Amsterdamfördraget, framgår att Schengenstaternas åtgärder med avseende på utvecklingen av Schengenregelverket är avhängiga av att förfarandet i artikel 4 i Schengenprotokollet iakttas. Förklaringen kan inte tolkas på ett sätt som kan undergräva principen om Schengenregelverkets enhetlighet.

E — *Enhetlighetsprincipen*

108. I andra skälet i beslut 2000/365, rörande Förenade kungarikets ställning, understryks betydelsen av principen om Schengenregelverkets enhetlighet: "Schengenregelverket planerades och fungerar som en enhet som måste godtas i sin helhet och tillämpas av alla stater som stöder principen

74 — Som exempel på fastställandet av till vilken del av Schengenregelverket förordning nr 2252/2004 hör kan det hänvisas till artikel 1 A i rådets beslut 1999/437/EG av den 17 maj 1999 om vissa tillämpningsföreskrifter för det avtal som har ingåtts mellan Europeiska unionens råd och Republiken Island och Konungariket Norge om dessa båda staters associering till genomförandet, tillämpningen och utvecklingen av Schengenregelverket (EGT L 176, s. 31). I nämnda artikel föreskrivs att de bestämmelser som rör följande områden ingår i Schengenregelverket: "Personers passage av de yttre gränserna till de stater som har beslutat att avskaffa kontrollerna vid sina inre gränser, inbegripet normer och villkor som de berörda staterna skall följa när de utför personkontroller vid de yttre gränserna, övervakning av gränsområden och samarbete mellan de behöriga myndigheterna inom området gränskontroller."

om avskaffande av personkontroller vid de gemensamma gränserna." [75]

109. Denna princip stadgas även i artikel 8 i Schengenprotokollet, vari det föreskrivs att de stater som ansöker om tillträde måste godta Schengenregelverket till fullo.

110. Principen om Schengenregelverkets enhetlighet utgör en konkretisering av den allmänna rättsprincipen *qui habet commoda ferre debet onera et contra* (den som åtnjuter fördelarna måste också bära ansvaret och vice versa), vilken även erkänns i folkrätten. Med avseende på första pelaren hänvisas det, i fråga om den nämnda rättsprincipen, i doktrinen [76] särskilt till domstolens dom i målet 39/72, [77] där följande slogs fast: "En medlemsstat kan inte tillåtas tillämpa bestämmelserna i en gemenskapsförordning på ett ofullständigt och selektivt sätt, på så sätt att hinder uppställs mot vissa enskildheter i gemenskapens lagstiftning, mot vilka medlemsstaten har gjort invändning eller som den anser strida mot vissa nationella intressen. ... Om en medlemsstat, med hänsyn till den uppfattning den har om sitt nationella intresse, ensidigt rubbar den balans mellan förmåner och skyldigheter som följer av dess medlemskap i gemenskapen, äventyrar detta medlemsstaternas jämlikhet inför gemenskapsrätten och skapar diskriminering, till skada för deras medborgare ..." Detta resonemang kan utan svårighet tillämpas på Schengenregelverket.

111. Principen om Schengenregelverkets enhetlighet skyddar inte bara jämvikten mellan Schengenstaterna vad gäller utvecklingen och tillämpningen av Schengenregelverket, utan även Schengenregelverket i sin helhet. [78] Som skydd för hela Schengenregelverket utgör denna princip ett uttryck för Schengenstaternas allmänna intresse.

112. Samarbetet avseende en del av Schengenregelverket kräver, enligt enhetlighetsprincipen, att den medlemsstat som deltar i en viss åtgärd inom Schengenregelverket godtar både de förmåner och de skyldigheter som uppstår till följd av samarbetet inom detta område. Det är av det skälet som enhetlighetsprincipen inte tillåter att man fritt väljer, med stöd av artikel 5 i Schengenprotokollet, att samarbeta i fråga om en rättsakt som utvecklar Schengenregelverket, när det inte är möjligt att självständigt tillämpa denna

75 — På motsvarande sätt anges även i skäl 2 i rådets beslut 2002/192/EG av den 28 februari 2002 om Irlands begäran om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket (EGT L 64, s. 20) att "Schengenregelverket planerades och fungerar som en enhet som måste godtas i sin helhet och tillämpas av alla stater som stöder principen om avskaffande av personkontroller vid de gemensamma gränserna".

76 — Kolb Robert, "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.

77 — Domstolens dom av den 7 februari 1973 i mål 39/72, kommissionen mot Italien (REG 1973, s. 101; svensk specialutgåva, volym 2, s. 77), punkterna 21 och 24.

78 — de Kerchove d'Ousselghem, Gilles, "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 Lejeune, Yves (utgivare): *Le traité d'Amsterdam, Espoirs et déceptions*, Bryssel, 1999, s. 290. Författaren framhåller att strävan efter större homogenitet (*cohérence*) i Schengensamarbetet var det främsta skälet till införlivandet av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar.

rättsakt. Det resonemang som utvecklats i punkterna 97–102 visar dock att förordning nr 2252/2004 inte kan tillämpas självständigt. Den fördel som i det konkreta fallet följer av att Förenade kungariket samarbetar i fråga om förordning nr 2522/2004 består av de gemensamma minimistandarderna och de tekniska kraven som reglerar passens läsbarhet med hjälp av elektronisk utrustning. Skyldigheten består i att samarbeta i den del av Schengenregelverket som förordning nr 2252/2004 utgör en utveckling av.

F — *Påståendet att rådet agerar på ett motstridigt sätt vid fastställandet av huruvida det är fråga om en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket*

113. Förenade kungariket har i sitt svaromål och vid förhandlingen uttryckligen framhållit det förhållandet att rådet, i vissa fall, har tillåtit det att samarbeta i fråga om vissa åtgärder som grundar sig på Schengenregelverket. I det avseendet har Förenade kungariket hänvisat till bland annat direktiv 2001/51, rådets beslut 2002/463/EG av den 13 juni 2002 om antagande av ett handlingsprogram för administrativt samarbete om yttre gränser, visering, asyl och invandring (Argoprogrammet) (nedan kallat beslut 2002/463),[79] förordning nr 377/2004 och beslut 2005/267, och det har framhållit att begreppet "åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket" är vagt och oklart.

114. I syfte att fastställa huruvida det är fråga om en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket gör rådet en analys som består av två etapper. I den första etappen undersöks huruvida det är fråga om en vanlig åtgärd inom ramen för avdelning IV EG eller en åtgärd som ingår i tillämpningsområdet för Schengenregelverket.[80] I den andra etappen fastställs det däremot huruvida det rör sig om en fråga som är väsentlig (*essential*) för den fria rörligheten för personer i ett område där personkontroller vid de inre gränserna har avskaffats. Den undersökning i två etapper som beskrivits är jämförbar med den undersökning som görs inom ramen för den första pelaren i syfte att välja en korrekt rättslig grund för institutionernas rättsakter. Domstolen har slagit fast att "[a]v fast rättspraxis framgår att enligt gemenskapens ordning för kompetensfördelning skall valet av rättslig grund för en rättsakt ske utifrån objektiva kriterier som kan bli föremål för domstolsprövning. Bland dessa kriterier ingår bland annat rättsaktens syfte och innehåll"[81].

115. Rådets undersökning i två etapper gör det möjligt för domstolen att fastställa, utifrån objektiva kriterier, huruvida det rör sig om en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket. Till de objektiva kriterier som undersökningen grundas på hör

79 — EGT L 161, s. 11.

80 — I doktrinen görs det gällande en teori, enligt vilken de rättsakter som ändrar det befintliga Schengenregelverket otvivelaktigt utgör en del av utvecklingen av Schengenregelverket. När det däremot rör sig om åtgärder som inte ändrar det befintliga Schengenregelverket kan situationen vara en annan (Bracke, Niels, "Flexibility, Justice Cooperation and the Treaty of Amsterdam", i Marinho, Clotilde, *Asylum, Immigration and Schengen Post-Amsterdam*, Maastricht, 2001, s. 65).

81 — Dom av den 4 april 2000 i mål C-269/97, kommissionen mot rådet (REG 2000, s. I-2257), punkt 43, av den 30 januari 2001 i mål C-36/98, Spanien mot rådet (REG 2001, s. I-779), punkt 58, och av den 6 december 2005 i de förenade målen C-453/03, C-11/04, C 12/04 och C-194/04, ABNA (REG 2005, s. I-10423), punkt 54.

bland annat fastställandet av huruvida det, i fråga om det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*), rör sig om en åtgärd som faktiskt kan hänföras till Schengenregelverket, samt fastställandet av huruvida det rör sig om en väsentlig fråga för den fria rörligheten för personer i ett område där de inre gränserna har avskaffats.

116. Det följer av fast rättspraxis att "det enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper, krävs att de åtgärder som föreskrivs i en gemenskapsbestämmelse är ägnade att leda till att det eftersträvade målet uppnås och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål ..." [82]. "Vad gäller domstolskontrollen av de krav som angetts ... måste det framhållas att gemenskapslagstiftaren skall ges ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning inom ett område som det förevarande inom vilket gemenskapslagstiftaren ställs inför politiska, ekonomiska och sociala val och måste göra komplexa bedömningar. Följaktligen kan en åtgärd på detta område endast förklaras ogiltig om den är uppenbart [oproportionerlig] i förhållande till det mål som den behöriga institutionen eftersträvar ..." [83]

117. Det är inte uppenbart att rådets undersökning i två etapper är oproportionerlig, eftersom den är lämplig för att genomföra det mål som eftersträvas, det vill säga att fastställa huruvida en viss föreslagen rättsakt utgör en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket. Följaktligen saknas det fog för påståendena att begreppet Schengenregelverket är alltför vagt.

118. Förordning nr 377/2004 har till syfte att inrätta ett nätverk av sambandsmän för invandring. I skäl 10 i nämnda förordning anges att Förenade kungariket deltar i denna förordning i enlighet med artikel 5 i Schengenprotokollet och artikel 8.2 i beslut 2000/365. I artikel 8.2 i beslut 2000/365 bekräftas att Förenade kungariket samarbetar inom nämnda del av Schengenregelverket och det införs en presumtion [84] om att det skett en underrättelse i enlighet med artikel 5.1 i Schengenprotokollet. Även i skäl 12 i beslut 2005/267, genom vilket det inrättas ett säkrat webbaserat informations- och samordningsnätverk för utbyte av information om olaglig migration, olagliga inresor, olaglig invandring och återsändande av personer som vistas olagligt, understryks det att förfarandet i artikel 5.1 i Schengenprotokollet har iakttagits. I nämnda skäl framhålls att artikel 8.2 i beslut 2005/267

82 — Domen i målet ABNA (ovan fotnot 81), punkt 68.

83 — Domen i målet ABNA (ovan fotnot 81), punkt 69.

84 — Presumtionen slås fast i följande mening: "Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland [skall], i enlighet med artikel 5 i Schengenprotokollet, anses till rådets ordförande oåterkalleligen ha anmält sin önskan att delta i alla förslag och initiativ som grundar sig på Schengenregelverket enligt artikel 1."

har tillämpats i den mån åtgärderna i beslut 2005/267 utvecklar de bestämmelser i Schengenregelverket mot organiseringen av olaglig invandring i vilka Förenade kungariket deltar. [85] I fråga om dessa två rättsakter har följaktligen artikel 5 i Schengenprotokollet tillämpats på ett korrekt sätt på grundval av den behörighet som har sin rättsliga grund i artikel 4 i samma protokoll.

119. Direktiv 2001/51 kompletterar bestämmelserna i artikel 26 i tillämpningskonventionen med avseende på skyldigheterna för de transportörer som befordrar utländska medborgare till medlemsstaternas territorium. Direktivet i fråga utgör ett exempel på en åtgärd som beslutats på grundval av avdelning IV och i fråga om vilken Förenade kungariket samarbetar enligt artikel 1 i beslut 2000/365. I skäl 7 i nämnda direktiv anges att "[i] enlighet med artikel 3 i protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning, fogat till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, har Förenade kungariket ... meddelat att det önskar delta i antagandet och tillämpningen av detta direktiv". I skäl 10 i samma direktiv anges dock, när det gäller Island och Norge, att "detta direktiv [utgör] en utveckling av Schengenregelverket ..." [86]. Direktivet i fråga utgör således en utveckling av Schengenregelverket och inte en vanlig åtgärd enligt avdelning IV. Följaktligen skulle en eventuell tillämpning av protokollet om avdelning IV ha varit felaktig.

120. I direktiv 2001/40 regleras ömsesidigt erkännande av beslut om avvisning eller utvisning av medborgare i tredjeland, och följaktligen erkännande av ett beslut om avvisning eller utvisning som har fattats av en behörig myndighet i en medlemsstat mot en medborgare i tredjeland som befinner sig på en annan medlemsstats territorium. I skäl 6 i nämnda direktiv anges att Förenade kungariket, i enlighet med artikel 3 i protokollet om avdelning IV, har meddelat sin önskan att delta i antagandet och tillämpningen av detta direktiv. I doktrinen uppmärksammas att tillämpningen av artikel 3 i protokollet om avdelning IV är felaktig såvitt avser det aktuella direktivet, eftersom det utan tvivel är fråga om en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket. Samtidigt understryks dock att direktivet i fråga utgör en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket som kan tillämpas självständigt, och att direktivet således utgör ett typiskt exempel på tillämpning av artikel 5 i Schengenprotokollet. [87]

121. I beslut 2004/573 samordnas gemensamma flygningar för återsändande från två

85 — Det skall påpekas att det i det nämnda skälet även omnämns att artikel 3 i protokollet om avdelning IV har tillämpats, eftersom det är fråga om en åtgärd som omfattas av avdelning IV EG.

86 — I Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 98, uppmärksammas att det i fråga om sådana rättsakter, med beaktande av formuleringen i förklaringarna rörande Norge och Island, utan tvivel framgår att det är fråga om en utveckling av Schengenregelverket. Det står därför inte klart varför det hänvisas till protokollet om avdelning IV.

87 — Thym, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, s. 98.

eller flera medlemsstater av tredjelandsmedborgare vilka omfattas av enskilda beslut om återsändande. I skälen 11 och 12 i nämnda beslut klargörs att det är fråga om en åtgärd för att utveckla Schengenregelverket. I skäl 4 i beslutet anges dock tydligt att gemenskapen skall undvika att det uppstår ett vakuum när det gäller organisation av gemensamma flygningar. Begreppet vakuum visar klart att det aktuella beslutet kan tillämpas självständigt. Följaktligen utgör även beslut 2004/573 en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket och som kan tillämpas självständigt. Det innebär att Förenade kungariket kan ansluta sig till detta med stöd av artikel 5 i Schengenprotokollet.

122. Beslut 2002/463 (Argoprogrammet) är avsett att utöka samarbetet mellan medlemsstaternas nationella administrativa och rättsliga myndigheter, att främja en enhetlig tillämpning av gemenskapslagstiftningen i ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, effektivisera medlemsstaternas nationella administrativa och rättsliga myndigheters arbete med genomförandet av gemenskapsbestämmelserna, och främja bättre insyn i medlemsstaternas nationella administrativa och rättsliga myndigheters åtgärder genom stärkta förbindelser mellan de nationella organen och andra behöriga nationella och internationella, statliga och icke-statliga organisationer. I skäl 12 i beslut 2002/463 bekräftas på samma sätt att Förenade kungariket, i enlighet med artikel 3 i protokollet om avdelning IV, har meddelat att det önskar delta i antagandet och tillämpningen av det aktuella beslutet. Rådet har, vid fastställandet av förhållandet mellan beslut 2002/463 och avskaffandet av kontroller vid de inre gränserna, hävdat att detta beslut inte utgör en rättsakt som grundar sig på Schengenregelverket. Om man analyserar målen i artikel 3 och åtgärderna i kapitel II, och särskilt de olika åtgärder som beskrivs i artikel 8 i beslut 2002/463, [88] står det klart att dessa inte är väsentliga för den fria rörligheten för personer. Det rör sig i själva verket om en normal åtgärd enligt avdelning IV EG. Rådets slutsats att det inte är fråga om en åtgärd som grundar sig på Schengenregelverket är följaktligen korrekt.

123. Genom förordning nr 334/2002 [89] införs en enhetlig utformning av visumhandlingar. Det är fråga om en åtgärd enligt avdelning IV EG som, enligt beslut 2000/365, utgör en del av Schengenregelverket som Förenade kungariket inte deltar i. Rådet har förklarat att den aktuella förordningen innebär en ändring av förordning nr 1683/95, [90] vilken antogs som rättsakt inom första pelaren redan före ikraftträdandet av Am-

88 — I artikel 8 i beslut 2002/463 anges följande typer av åtgärder: utbildningsåtgärder, utbyte av tjänstemän, åtgärder för att främja användningen av datorer i hanteringen av akter och förfaranden, inbegripet användning av de senaste teknikerna för elektroniskt utbyte av uppgifter, utvärdering av vilka effekter de gemensamma regler och förfaranden får som är grundade på artiklarna 62 och 63 i fördraget, åtgärder för att främja utvecklingen av bästa praxis i syfte att förbättra arbetsmetoder och utrustning, förenkla förfaranden och förkorta handläggningstider, operativa åtgärder som skapandet av gemensamma operativa centraler och enheter, studier, forskning, konferenser och seminarier, mekanismer för samråd med och deltagande av behöriga nationella och internationella, statliga och icke-statliga organisationer, medlemsstaternas verksamheter i tredjeländer, uppdrag för inhämtande av fakta i ursprungs- och transitländer samt bekämpning av dokumentförfalskning.

89 — Rådets förordning (EG) nr 334/2002 av den 18 februari 2002 om ändring av förordning (EG) nr 1683/95 om en enhetlig utformning av visumhandlingar (EGT L 53, s. 7).

90 — Rådets förordning (EG) nr 1683/95 av den 29 maj 1995 om en enhetlig utformning av visumhandlingar (EGT L 164, s. 1).

sterdamfördraget med stöd av den då gällande artikel 100c.3 EEG. Dessa utgör enligt rådet särskilda omständigheter som har möjliggjort för Förenade kungariket att samarbeta vid antagandet av förordning nr 334/2002. I själva verket är det svårt att *prima facie* förstå varför rådet, vid antagandet av denna förordning, ansåg att det förelåg särskilda omständigheter på grund av att Förenade kungariket hade samarbetat vid antagandet av förordning nr 1638/95, då det däremot inte ansåg att det förelåg motsvarande omständigheter vid antagandet av förordning nr 2252/2004. Den enhetliga utformningen av visumhandlingar och standarderna för säkerhetsdetaljer i pass och resehandlingar utgör två liknande områden, som i grund och botten har samband med kontrollen av de yttre gränserna. Den enhetliga utformningen av visumhandlingar reglerar kontrollen av medborgare i tredjeländer när de yttre gränserna passeras. De tekniska minimistandarderna för pass och resehandlingar rör däremot enbart medborgarna i Schengenstaterna, Norge, Island och Schweiz. Den enhetliga utformningen av visumhandlingar och standarderna för säkerhetsdetaljer i pass och resehandlingar har samma syfte, nämligen att kontrollera de yttre gränserna. Följaktligen anser jag att rådet har behandlat lika situationer på olika sätt.

124. Det skall understrykas att även om rådets praxis, vilken har möjliggjort för Förenade kungariket att samarbeta vid antagandet av vissa rättsakter enligt avdelning IV EG eller enligt Schengenregelverket, är korrekt, har den inte något rättsligt värde som prejudikat och innebär inte att det skapas någon rätt för Förenade kungariket att artikel 5 i Schengenprotokollet skall tillämpas. I fast rättspraxis anges att "enbart rådets praxis inte kan utgöra grund för att avvika från regler i EG-fördraget och, följaktligen, inte kan ge upphov till ett prejudikat som är bindande för gemenskapsinstitutionerna i fråga om vilken rättslig grund som är den korrekta" [91].

G — Antagandet om att irländska och brittiska medborgare särbehandlas vid de yttre gränserna

125. Det förhållandet att Förenade kungariket och Irland inte är skyldiga att utfärda pass som överensstämmer med minimisäkerhetsstandarderna innebär inte att deras medborgare diskrimineras på grund av en eventuell särbehandling vid de yttre gränserna. Schengenstaternas skyldighet att utfärda pass som överensstämmer med minimisäkerhetsstandarderna följer av att de deltar i Schengenregelverket, i vilket Förenade kungariket inte samarbetar. Följaktligen befinner sig inte Förenade kunga-

91 — Domstolens dom av den 28 november 2006 i mål C-414/04, parlamentet mot rådet (REG 2006, s. I-11279), punkt 37. I nämnda dom ogiltigförklarades Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1228/2003 av den 26 juni 2003 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel (EUT L 176, s. 1).

riket i samma ställning som de andra Schengenstaterna som Norge, Island och Schweiz. Av det skälet skall det anses att det förhållandet att brittiska och irländska pass kan skilja sig från Schengenstaternas pass såvitt avser minimisäkerhetsstandarderna inte medför en diskriminering av dem som innehar brittiska eller irländska pass. [92]

126. Jag vill även påpeka att förordning nr 2252/2004 kan ge upphov till vissa problem med hänsyn till de grundläggande rättigheterna, i synnerhet i förhållande till artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, [93] och artikel 8 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, [94] såsom påpekats framför allt i tysk doktrin. [95] Förenade kungariket har dock inte angripit den aktuella förordningen på grund av att den strider mot den grundläggande rätten till skydd av personuppgifter.

127. Av det ovan anförda följer att Förenade kungarikets talan inte kan vinna bifall.

H — *Rättegångskostnader*

128. Enligt artikel 69.2 i domstolens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att

92 — Rådet har, i sin duplik i mål C-137/05, påpekat att identitetskontrollen av medlemsstaternas medborgare när en yttre gräns passeras sker på grundval av uppvisandet av en resehandling, vilket gör att kontrollen av medborgarna i Irland och Förenade kungariket är identisk med den kontroll som görs i fråga om medborgare i andra medlemsstater, även om de irländska och brittiska handlingarna inte innehåller samma säkerhetsdetaljer.

93 — I denna artikel regleras "rätt till skydd för privat- och familjeliv", och däri föreskrivs följande: "1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välstånd, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter."

94 — I artikel 8.1 i stadgan föreskrivs följande: "Var och en har rätt till skydd av de personuppgifter som rör honom eller henne."

95 — Roßnagel, Alexander, Hornung, Gerrit, *Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck: die EG-Verordnung 2252/2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten, Die öffentliche Verwaltung*, 58 (2005), s. 983, på s. 896–897. I det avseendet vill jag även påpeka att det i doktrinen, med hänvisning till rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i målet Leander mot Sverige (Serie A, nr 116, § 48), görs gällande uppfattningen att det utgör ett intrång i rätten till skydd för privatliv, i den mening som avses i artikel 8.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, att lagra (*mémorisation*) och lämna ut (*communication*) personuppgifter (Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8 uppl. med ändringar och tillägg, Paris. 2006, s. 439).

ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Rådet har yrkat att Förenade kungariket skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förenade kungariket har tappat målet, skall rådets yrkande bifallas.

129. Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna skall medlemsstater och institutioner som har intervenerat bära sina rättegångskostnader.

VI — Förslag till avgörande

130. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall meddela följande dom:

1. Talan ogillas.

2. Förenade kungariket skall ersätta rättegångskostnaderna.

3. Intervenienterna skall bära sina rättegångskostnader.