Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. MENGOZZI
fremsat den 17. april 2012 [1]

Sag C-355/10

Europa-Parlamentet
mod

Rådet for Den Europæiske Union

»Annullationssøgsmål — afgørelse 2010/252 — gennemførelsesbeføjelser — grænser — forordning (EF) nr. 562/2006 — Schengengrænsekodeksen — grænseovervågning«

1. Europa-Parlamentet har i den foreliggende sag nedlagt påstand om, at Domstolen annullerer Rådets afgørelse 2010/252/EU af 26. april 2010 om supplering af Schengengrænsekodeksen [2] for så vidt angår overvågning af de ydre søgrænser inden for rammerne af det operative samarbejde, der samordnes af Det Europæiske Agentur for Forvaltning af Det Operative Samarbejde ved EU-medlemsstaternes Ydre Grænser (herefter »den anfægtede afgørelse«) [3]. Parlamentet har nedlagt påstand om, at den anfægtede afgørelses virkninger opretholdes, indtil en ny afgørelse er vedtaget, såfremt Parlamentet gives medhold i sagen.

I – De relevante retsforskrifter og den anfægtede afgørelse

2. Schengengrænsekodeksen (herefter »SGK«) fastsætter bl.a. regler for udøvelse af grænsekontrol af personer, der passerer EU-medlemsstaternes ydre grænser (artikel 1, stk. 2). Ifølge artikel 3, litra b), finder den anvendelse »med forbehold af rettigheder, der tilkommer flygtninge og personer, som ansøger om international beskyttelse, navnlig hvad angår princippet om non-refoulement«.

3. Begrebet »ydre grænser« defineres i artikel 2, nr. 2), som »medlemsstaternes landgrænser, herunder grænser ved indre vandveje (floder og søer), søgrænser samt lufthavne, søhavne og havne ved indre vandveje (floder og søer), for så vidt de ikke er indre grænser«. I artikel 2, nr. 10), defineres »ind- og udrejsekontrol« som »kontrol ved grænseovergangsstederne for at sikre, at personer, herunder deres transportmidler og genstand i deres besiddelse, kan få lov til at rejse ind i eller ud af medlemsstaternes område«. Begrebet »grænseovervågning« defineres i artikel 2, nr. 11), som »overvågning af grænserne på strækningerne mellem grænseovergangssteder og overvågning af grænseovergangssteder uden for den normale åbningstid for at forhindre personer i at omgå ind- og udrejsekontrollen«.

4. Afsnit II i SGK, der har overskriften »De ydre grænser«, består af fire kapitler. Kapitel II indeholder bestemmelser om grænsevagternes ind- og udrejsekontrol af personer, grænseovervågning og nægtelse af indrejse.

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengengrænsekodeks) (EUT L 105, s. 1).

3 — EUT L 111, s. 20.

5. Bestemmelserne om grænseovervågning er indeholdt i artikel 12, hvis stk. 1-4, der omhandler formålet med overvågningen, grænsevagternes beføjelser og nærmere regler for gennemførelse af overvågning, har følgende ordlyd:

»1. Hovedformålet med grænseovervågning er at forhindre ulovlig grænsepassage, bekæmpe grænseoverskridende kriminalitet og træffe foranstaltninger mod personer, som har passeret grænsen ulovligt.

2. Grænsevagterne anvender stationære eller mobile enheder til grænseovervågning. Overvågningen gennemføres på en sådan måde, at den forhindrer og afskrækker folk fra at omgå ind- og udrejsekontrollen ved grænseovergangsstederne.

3. Overvågningen mellem grænseovergangsstederne foretages af grænsevagter, hvis antal og metoder skal afpasses efter foreliggende eller forudsete risici og trusler. Der foretages hyppige og uventede ændringer i overvågningstidspunkterne, således at uautoriseret grænsepassage indebærer en permanent risiko for at blive afsløret.

4. Overvågningen foretages af stationære eller mobile enheder, der patruljerer eller posteres på strækninger, der er kendt for eller formodes at være følsomme, idet formålet med overvågningen er at pågribe personer, som passerer grænsen ulovligt. Overvågningen kan ligeledes foretages ved hjælp af tekniske, herunder elektroniske, midler.«

6. Artikel 12, stk. 5, som ændret ved artikel 1, stk. 1, i forordning (EF) nr. 296/2008 [4], bestemmer:

»Der kan vedtages yderligere foranstaltninger for overvågningen. Disse foranstaltninger, der har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i denne forordning ved at supplere den, vedtages efter forskriftsproceduren med kontrol i artikel 33, stk. 2« [5].

7. SGK's artikel 33, stk. 2, der også blev ændret ved forordning nr. 296/2008, bestemmer:

»Når der henvises til dette stykke, anvendes artikel 5a, stk. 1-4, og artikel 7 i afgørelse 1999/468/EF [6], jf. dennes artikel 8.«

8. »Komitologi«-afgørelsens artikel 5a, der blev indsat ved afgørelse 2006/512/EF [7], indeholder en række nye vilkår for udøvelse af gennemførelsesbeføjelser, den såkaldte forskriftsprocedure med kontrol. Denne procedure følges i forbindelse med generelle foranstaltninger, der har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i en basisretsakt, der er vedtaget efter proceduren i traktatens artikel 251, herunder ved at lade visse sådanne bestemmelser udgå eller ved at supplere med nye ikke-væsentlige bestemmelser (tredje betragtning til afgørelse 2006/512 og »komitologi«-afgørelsens artikel 2, stk. 2).

4 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 11.3.2008 om ændring af forordning (EF) nr. 562/2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengengrænsekodeks), for så vidt angår de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen (EUT L 97, s. 60).

5 — I fjerde betragtning til forordning nr. 296/2008 bestemmes følgende: »Kommissionen bør tillægges beføjelse til at vedtage visse bestemmelser vedrørende den praktiske grænseovervågning og at ændre visse bilag. Da der er tale om generelle foranstaltninger, der har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i forordning (EF) nr. 562/2006, herunder ved at supplere forordningen med nye ikke-væsentlige bestemmelser, skal foranstaltningerne vedtages efter forskriftsproceduren med kontrol i artikel 5a i afgørelse 1999/468/EF.«

6 — Rådets afgørelse af 28.6.1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen (EFT L 184, s. 23), vedtaget i henhold til artikel 202, tredje led, EF. Denne afgørelse blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 182/2011 af 16.2.2011 om de generelle regler og principper for, hvordan medlemsstaterne skal kontrollere Kommissionens udøvelse af gennemførelsesbeføjelser (EUT L 55, s. 13), vedtaget i henhold til artikel 291, stk. 3, TEUF. Det bestemmes i denne forordnings artikel 12, at retsvirkningerne af artikel 5a i afgørelse 1999/468/EF opretholdes med henblik på de gældende basisretsakter, der indeholder henvisninger til den.

7 — Rådets afgørelse af 17.7.2006 (EUT L 200, s. 11).

9. Den anfægtede afgørelse er vedtaget i henhold til SGK's artikel 12, stk. 5, efter proceduren i »komitologi«-afgørelsens artikel 5a, stk. 4, som finder anvendelse, når de foranstaltninger, Kommissionen påtænker, ikke er i overensstemmelse med udtalelsen fra det udvalg, der er nedsat ved artikel 5a, stk. 1, eller når udvalget ikke har afgivet nogen udtalelse [8]. Ifølge denne procedure forelægger Kommissionen straks Rådet et forslag til de foranstaltninger, der skal træffes, og fremsender samtidig forslaget til Europa-Parlamentet [artikel 5a, stk. 4, litra a)]. Hvis Rådet påtænker at vedtage de foreslåede foranstaltninger, forelægger det dem straks for Europa-Parlamentet [artikel 5a, stk. 4, litra d)], som »træffer afgørelse med flertal blandt sine medlemmer inden for en frist på fire måneder regnet fra forslagets fremsendelse i overensstemmelse med litra a), [og] kan modsætte sig vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger, idet det begrunder sin modstand ved at tilkendegive, at de foreslåede foranstaltninger indebærer en overskridelse af de gennemførelsesbeføjelser, der er fastsat i basisretsakten, eller at disse foranstaltninger ikke er forenelige med basisretsaktens formål eller indhold eller ikke overholder subsidiaritetsprincippet eller proportionalitetsprincippet« [artikel 5a, stk. 4, litra e)]. Hvis Europa-Parlamentet modsætter sig de foreslåede foranstaltninger, vedtages disse ikke [artikel 5a, stk. 4, litra f)]. I modsat fald vedtages foranstaltningerne af Rådet [artikel 5a, stk. 4, litra g)].

10. Det fremgår af 2. og 11. betragtning til den anfægtede afgørelse, at formålet med den er at vedtage supplerende regler om den overvågning af søgrænserne, som foretages af grænsevagter og samordnes af Det Europæiske Agentur for Forvaltning af det Operative Samarbejde ved EU-medlemsstaternes Ydre Grænser (herefter »agenturet« eller »Frontex«), der er oprettet ved forordning (EF) nr. 2007/2004 (herefter »Frontex-forordningen«) [9]. Den anfægtede afgørelse består af to artikler og et bilag, der er delt i to dele under overskrifterne »Regler for operationer ved søgrænser, der samordnes af agenturet« og »Retningslinjer for eftersøgnings- og redningssituationer og for ilandsætning i forbindelse med operationer ved søgrænser, der samordnes af agenturet«. Artikel 1 bestemmer, at »[o]vervågningen af de ydre søgrænser inden for rammerne af det operative samarbejde mellem medlemsstaterne, der samordnes af [agenturet], finder sted i henhold til reglerne i del I i bilaget. Disse regler og de ikke-bindende retningslinjer, der er indeholdt i del II i bilaget, udgør en del af den operative plan, der udarbejdes for hver operation, der samordnes af agenturet«.

11. I afsnit 1 i bilagets del I opstilles en række generelle principper, der bl.a. skal sikre, at operationer i forbindelse med farvandsovervågning gennemføres i overensstemmelse med grundlæggende rettigheder og princippet om non-refoulement. Afsnit 2 indeholder detaljerede bestemmelser om opbringning og angiver, hvilke foranstaltninger der kan træffes under overvågningsoperationen »over for skibe eller andre fartøjer, med hensyn til hvilke der er rimelig grund til mistanke om, at de medfører personer, der har til hensigt at omgå kontrollen ved grænseovergangsstederne« (punkt 2.4). De betingelser, der gælder for disse foranstaltninger, afhænger af, om skibet opbringes i territorialfarvande eller den tilstødende zone i en medlemsstat (punkt 2.5.1) eller på det åbne hav (punkt 2.5.2). Afsnit 1 i bilagets del II indeholder bestemmelser for de enheder, der deltager i overvågningsoperationer i eftersøgnings- og redningssituationer, bl.a. hvad angår meddelelse og videresendelse af oplysninger til det geografisk ansvarlige koordinationscenter og koordinationscentret for operationen, og præciserer, hvornår der foreligger en nødsituation (punkt 1.4). Afsnit 2 indeholder retningslinjer for ilandsætning af standsede eller reddede personer.

II – Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

12. Parlamentet har anlagt den foreliggende sag ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 12. juli 2010. Kommissionen er indtrådt i sagen til støtte for Rådets påstande. De tre institutioners befuldmægtigede afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 25. januar 2012.

8 — I det foreliggende tilfælde fremgår det af 18. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Udvalget for Schengengrænsekodeksen, der blev hørt den 19.10.2009, ikke afgav nogen udtalelse. Parlamentet oplyste i stævningen, at kun otte medlemsstater i udvalget stemte for Kommissionens forslag til foranstaltninger (svarende til 67 stemmer), og at det antal stemmer (223), der var nødvendigt for at afgive udtalelse, derfor ikke blev nået.

9 — Rådets forordning (EF) nr. 2007/2004 af 26.10.2004 om oprettelse af et europæisk agentur for forvaltning af det operative samarbejde ved EU-medlemsstaternes ydre grænser (EUT L 349, s. 1). Denne forordnings indhold gennemgås nærmere i forbindelse med undersøgelsen af Parlamentets anbringender.

13. Parlamentet har nedlagt påstand om, at Domstolen annullerer den anfægtede afgørelse, bestemmer, at dens virkninger opretholdes, indtil en ny afgørelse er vedtaget, og tilpligter Rådet at betale sagens omkostninger.

14. Rådet har nedlagt påstand om, at Domstolen afviser sagen eller subsidiært frifinder Rådet og tilpligter Parlamentet at betale sagens omkostninger.

15. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Rådet frifindes, og at Parlamentet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

III – Søgsmålet

A – *Formaliteten*

16. Rådet har principalt gjort gældende, at sagen bør afvises. Rådet mener, at Parlamentet har fortabt retten til at indbringe den anfægtede afgørelse for Domstolen ved ikke at udnytte sin vetoret i henhold til »komitologi«-afgørelsens artikel 5a, stk. 4, litra e). Selv om den anfægtede afgørelse ikke stammer fra Parlamentet, har Parlamentet også et vist ansvar for den, eftersom den bl.a. blev vedtaget, fordi Parlamentet ikke tog afstand fra den. Parlamentet har således ingen interesse i søgsmålet i den foreliggende sag, som er baseret på de anbringender – overskridelse af grænser for gennemførelsesbeføjelser – hvormed Parlamentet også kunne have modsat sig vedtagelsen af den anfægtede afgørelse inden for rammerne af forskriftsproceduren med kontrol.

17. Jeg mener ikke, at denne indsigelse kan tages til følge.

18. Som Parlamentet med rette påpegede under retsmødet, er det en hjørnesten i Unionens forfatningsmæssige struktur og et led i demokratiseringen af dens institutionelle rammer, at Parlamentet har fået søgsmålsret på lige fod med Rådet og Kommissionen.

19. Domstolen har gjort det klart, at de såkaldt »privilegerede« sagsøgeres udøvelse af søgsmålsretten ikke er betinget af, at det godtgøres, at der er fornøden søgsmålsinteresse [10], og at udøvelsen af denne ret heller ikke afhænger af medlemsstatens [11] eller institutionens stillingtagen [12] under proceduren til vedtagelse af den pågældende retsakt.

20. Parlamentet er i forbindelse med forskriftsproceduren med kontrol ikke forpligtet til at modsætte sig retsaktens vedtagelse, selv om det skønner, at der foreligger annullationsgrunde, og Parlamentet derfor har mulighed for at nedlægge veto. Parlamentets stillingtagen kan således også være baseret på politiske hensyn, hvilket synes at have været tilfældet for den anfægtede afgørelse [13], uden at det af den grund mister sin ret til at kræve og opnå annullation af den pågældende retsakt, efter at den er vedtaget. Det skal herved understreges, at det ikke er til hinder for en domstolsprøvelse, at det kontrolleres, om en retsakt er lovlig, ved at udnytte retten til at nedlægge veto under vedtagelsesproceduren, når vetoretten netop kan være underlagt politiske hensyn.

21. Rådet har præciseret, at Parlamentet stadig har ret til at anfægte den pågældende retsakt, men ikke af de årsager, der gjorde det muligt for det at modsætte sig, at den blev vedtaget. Denne begrænsning indebærer konkret, at Parlamentet skal anfægte retsakten af årsager, der er relateret til de gennemførelsesforanstaltninger, som den indeholder, og som ikke har været genstand for den sædvanlige politiske debat på lovgivningsstadiet.

10 — Dom af 26.3.1987, sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1493, og af 1.10.2009, sag C-370/07, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 8917, præmis 16.

11 — Dom af 12.7.1979, sag 166/78, Italien mod Rådet, Sml. s. 2575.

12 — Dom af 21.1.2003, sag C-378/00, Kommissionen mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 937.

13 — Parlamentet har forklaret, at mange af de parlamentsmedlemmer, der stemte for den anfægtede afgørelse, mente, at den overskred de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges ved SGK, men alligevel foretrak, at EU vedtog et retligt instrument, selv om det ikke var perfekt, for at dæmme op for den stigende indvandring over havet, der forventedes i sommeren 2010.

22. For fuldstændighedens skyld skal det endelig påpeges, at der, for at Parlamentet kan nedlægge veto inden for rammerne af forskriftsproceduren med kontrol, kræves et større flertal [14] end normalt under Parlamentets forhandlinger [15], og at Parlamentets formand kan beslutte at indlede søgsmål ved Domstolen på Parlamentets vegne, uden at Parlamentet har stemt om det, såfremt det sker efter det kompetente udvalgs henstilling [16]. Hvis Parlamentet ikke gives ret til at anlægge et søgsmål til prøvelse af en retsakt, der er vedtaget inden for rammerne af forskriftsproceduren med kontrol, uanset hvilket standpunkt det indtog under denne procedure, vil det bl.a. resultere i, at det parlamentariske mindretal mister et beskyttelsesredskab.

23. Jeg mener på baggrund af det ovenstående, at sagen bør antages til realitetsbehandling.

B – *Realiteten*

24. Parlamentet har anført, at den anfægtede afgørelse overskrider grænserne for de gennemførelsesbeføjelser, der er fastsat i SGK's artikel 12, stk. 5, og at den derfor falder uden for anvendelsesområdet for sit retsgrundlag. Parlamentet har i den forbindelse fremført tre anbringender. Det mener for det første, at den anfægtede afgørelse tilføjer nye væsentlige bestemmelser til SGK, for det andet, at den ændrer væsentlige bestemmelser i SGK, og for det tredje, at den griber ind i den ordning, der er indført ved Frontex-forordningen. Jeg vil i det følgende undersøge disse anbringender hver for sig.

25. Forinden vil jeg dog kort gennemgå udviklingen i Domstolens retspraksis vedrørende rækkevidden af og grænserne for beføjelserne til at gennemføre EU-retsakter med hensyn til de aspekter, der er relevante her.

1. Retspraksis vedrørende rækkevidden af og grænserne for beføjelserne til at gennemføre EU-retsakter

26. Domstolen har fastlagt rækkevidden af og grænserne for Kommissionens gennemførelsesbeføjelser i en retspraksis, der tog sin begyndelse i 1970'erne med Köster-dommen [17]. I den sag, der lå til grund for den nævnte dom, var Domstolen bl.a. blevet anmodet om at træffe præjudiciel afgørelse om, hvorvidt forvaltningskomitéproceduren, der var indført ved en landbrugsforordning, var lovlig. Domstolen pointerede i den forbindelse, at lovgiver med udgangspunkt i den sondring, der ifølge selve traktaten skal foretages mellem de retsakter, der har deres hjemmel i traktaten, og de foranstaltninger, der skal sikre deres gennemførelse, har beføjelse til i de førstnævnte at fastsætte »de væsentlige dele af det område, der skal reguleres«, og i de sidstnævnte at udstede »gennemførelsesbestemmelserne« med henblik på »virkeliggørelsen af principperne« i basisretsakten [18]. I dommen i sagen Rey Soda m.fl. fastslog Domstolen, at begrebet »gennemførelse« skal fortolkes vidt [19]. Det følger efter Domstolens opfattelse såvel af indholdet af den dagældende EF-traktats artikel 155 (nu artikel 211 EF) og af traktatens ordning som af »praktiske hensyn«. Domstolen fandt, at Rådet på visse områder, bl.a. inden for den fælles landbrugspolitik, kunne se sig foranlediget til at tildele Kommissionen »vide skøns- og handlebeføjelser«. Når Rådet i en sådan situation har tildelt Kommissionen en vid kompetence, skal »grænserne for denne kompetence vurderes ud fra [basisretsaktens] væsentlige generelle mål og i mindre grad ud fra bemyndigelsens ordlyd« [20]. I Zuckerfabrik Franken-dommen [21], hvori Domstolen fortolkede grænserne for delegering af beføjelser, der udøves efter forvaltningskomitéproceduren, i forbindelse med en forordning om de fælles

14 — Flertallet blandt Parlamentets medlemmer, jf. »komitologi«-afgørelsens artikel 5a, stk. 4, litra e).

15 — Flertallet af de afgivne stemmer, jf. artikel 231 TEUF.

16 — Jf. artikel 128, stk. 3, i Parlamentets forretningsorden. Ifølge denne bestemmelse kan »[f]ormanden […] ved den efterfølgende mødeperiodes begyndelse anmode Parlamentet om at tage stilling til, om søgsmålet skal opretholdes. Beslutter Parlamentet med et flertal af de afgivne stemmer, at søgsmålet ikke skal opretholdes, foranlediger formanden, at søgsmålet hæves«.

17 — Dom af 17.12.1970, sag 25/70, Sml. 1970, s. 259, org.ref.: Rec. s. 1161.

18 — Præmis 6 og 7.

19 — Dom af 30.10.1975, sag 23/75, Sml. s. 1279, præmis 10.

20 — Jf. også dom af 11.3.1987, sag 27/85, Vandemoortele mod Kommissionen, Sml. s. 1129, præmis 14.

21 — Dom af 15.5.1984, sag 121/83, Sml. s. 2039.

markedsordninger, bekræftede Domstolen, at Kommissionen som følge af denne bemyndigelse var beføjet til »at træffe samtlige de foranstaltninger, der er nødvendige [22] eller hensigtsmæssige med henblik på at gennemføre grundforordningen, forudsat at de ikke strider mod grundforordningen eller de af Rådet fastsatte gennemførelsesbestemmelser«. Domstolen har i en række andre domme præciseret, at Kommissionen har pligt til at holde sig inden for de grænser, der følger af basisretsaktens almindelige opbygning og formål [23] samt af bestemmelserne i denne retsakt [24].

27. I forbindelse med den fælles landbrugspolitik har Domstolen siden dommen i sagen Rey Soda m.fl. indrømmet Kommissionen vide gennemførelsesbeføjelser på grund af den særlige rolle, som den spiller i denne sektor, hvor den er den eneste, der er i stand til »stadigt og opmærksomt at følge udviklingen på landbrugsmarkederne og til at handle med den hurtighed, situationen kræver« [25]. Uden for denne og lignende sektorer er Domstolens praksis imidlertid mere restriktiv. I dommen i sagen Vreugdenhil m.fl. [26], der vedrører den fælles toldtarif, fremhævede Domstolen, at »der kun kan anlægges en så vid fortolkning af Kommissionens kompetence ved bestemmelserne vedrørende markedsordningerne for landbrug« [27].

28. I dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen [28] præciserede Domstolen begrebet »væsentlige bestemmelser« i lovgivningen [29], som det påhviler lovgiver at definere. Formålet med den sag, der lå til grund for denne dom, var at bestride lovligheden af en sanktionsordning, som blev anvendt i forbindelse med en fællesskabsstøtte, og som Kommissionen havde indført efter bemyndigelse fra Rådet. Tyskland gjorde gældende, at disse sanktioner skulle anses for hovedbestanddele i de bestemmelser, der gjaldt på det pågældende område, eftersom de påvirkede borgernes grundlæggende rettigheder. Tyskland gjorde videre gældende, at de anfægtede foranstaltninger ikke havde til formål at gennemføre grundforordningerne, men at supplere dem. Domstolen svarede, at betegnelsen »væsentlig« måtte »forbeholdes bestemmelser, som har til formål at omsætte hovedprincipperne i fællesskabspolitikken i praktiske foranstaltninger«, og at denne betegnelse i dette tilfælde ikke kunne anvendes ved sanktioner, som skulle sikre en fornuftig forvaltning af de midler, der skulle finansiere foranstaltningernes gennemførelse. I en dom, der blev afsagt nogle år efter, fastslog Domstolen, at en bestemmelse i en rådsforordning om TACIS-programmet, der gjorde det muligt at ændre en tærskel uden høring af Parlamentet, var »ikke-væsentlig«, fordi den ikke »[vedrørte] […] den pågældende forordnings generelle opbygning« [30]. Domstolen gav senere Parlamentet medhold i et søgsmål til prøvelse af en beslutning fra Kommissionen om godkendelse af et projekt vedrørende sikkerheden ved Filippinernes grænser inden for rammerne af den finansielle og faglige bistand til og det økonomiske samarbejde med udviklingslande i Asien. I denne dom fandt Domstolen, at det formål, der blev forfulgt med den anfægtede beslutning – at bekæmpe terror og international kriminalitet – ikke var omfattet af »målene« med den forordning, der blev gennemført ved denne beslutning, og at det heller ikke havde »direkte forbindelse« med disse mål [31].

22 — Jf. i denne retning dom af 26.6.1980, sag 808/79, Pardini, Sml. s. 2103, præmis 16.

23 — Jf. bl.a. dom af 14.11.1989, forenede sager 6/88 og 7/88, Spanien og Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 3639, hvori Domstolen fandt, at de foranstaltninger, Kommissionen havde truffet, ikke var omfattet af basisretsakten, samt dom af 24.2.1988, sag 264/86, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 973, og af 19.9.1985, sag 192/83, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2791, hvori Domstolen annullerede de gennemførelsesforanstaltninger, som de sagsøgende medlemsstater havde anfægtet, og som var vedtaget i sektoren for fiskeri og den fælles landbrugspolitik, da de dels indførte en metode til beregning af udligningsgodtgørelsen til erhvervsdrivende i sektoren, der ikke indgik i de udtømmende bestemmelser i grundforordningen, dels var i strid med det traktatfæstede princip om ligebehandling af fællesskabsproducenter. Jf. også dom af 16.6.1987, sag 46/86, Romkes, Sml. s. 2671, af 2.2.1988, sag 61/86, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 431, og af 27.9.1979, sag 230/78, Eridania-Zuccherifici nazionali og Società italiana per l'industria degli zuccheri, Sml. s. 2749.

24 — Jf. bl.a. dom af 13.7.1995, sag C-156/93, Parlamentet mod Kommissionen, Sml. I, s. 2019, præmis 24, og af 18.6.1996, sag C-303/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 2943, præmis 23.

25 — Jf. dommen i sagen Rey Soda m.fl., præmis 11.

26 — Dom af 29.6.1989, sag 22/88, Sml. s. 2049.

27 — Præmis 17. Jf. også dom af 18.6.2002, sag C-314/99, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 5521.

28 — Dom af 27.10.1992, sag C-240/90, Sml. I, s. 5383.

29 — Jf. også dom af 6.5.2008, sag C-133/06, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 3189, præmis 45.

30 — Dom af 10.5.1995, sag C-417/93, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1185, præmis 30-33.

31 — Dom af 23.10.2007, sag C-403/05, Parlamentet mod Kommissionen, Sml. I, s. 9045, navnlig præmis 55 og 66-68.

29. Det fremgår af den nævnte retspraksis, at grænserne for de omhandlede gennemførelsesbeføjelser først og fremmest skal fastlægges i forhold til, hvad der kendetegner den pågældende politik, og hvor stor handlefrihed Kommissionen har, når den skal gennemføre denne politik. Disse grænser skal desuden fastlægges ud fra bemyndigelsens ordlyd og ud fra basisretsaktens indhold og formål samt dens almindelige opbygning. Der kræves en vurdering, hvor der tages hensyn til alle de ovenfor nævnte faktorer, for at fastlægge disse grænser og afgøre, om de bestemmelser i basisretsakten, der indføres eller ændres ved gennemførelsesretsakten, er væsentlige eller ej [32]. Det er ikke tilstrækkeligt mekanisk at gentage, hvad der tidligere er fastsat i retspraksis.

2. Anvendelse i den foreliggende sag af principperne i den nævnte retspraksis

30. Jeg vil i det følgende undersøge de faktorer, der er nævnt i den foregående præmis, i forhold til den her omhandlede sag.

a) Betragtninger om den sammenhæng, som basisretsakten og den anfægtede afgørelse indgår i

31. EU-lovgiver er, når der skal udarbejdes instrumenter til kontrol af de ydre grænser og bekæmpelse af ulovlig indvandring, nødt til at foretage vanskelige valg, der kan få store konsekvenser for den personlige frihed og påvirke overholdelsen af menneskerettighederne, medlemsstaternes internationale forpligtelser samt medlemsstaternes og EU's forbindelser med tredjelande. Det gælder ikke kun, når de grundlæggende retningslinjer i politikken for grænseforvaltning skal fastlægges, men også, når der skal træffes foranstaltninger til gennemførelse af disse retningslinjer. Det er derfor berettiget, at gennemførelsesbeføjelsernes udøvelse er mere reguleret end mere teknisk betonede områder, og at Kommissionens handlefrihed som følge heraf er mere begrænset [33].

32. Jeg mener derfor, at Rådets henvisning til Domstolens nævnte praksis og til de vide gennemførelsesbeføjelser, som det har tillagt Kommissionen, bør overvejes meget nøje i den foreliggende sag.

b) Genstanden for og rækkevidden af de gennemførelsesbeføjelser, der er fastsat i SGK's artikel 12, stk. 5

33. Jeg vil indledningsvis bemærke, at der i den italienske version af SGK's artikel 12, stk. 5, tales om muligheden for at vedtage yderligere overvågningsforanstaltninger (misure di sorveglianza supplementari), hvorimod der i andre sprogversioner henvises mere specifikt til yderligere foranstaltninger vedrørende overvågningens gennemførelse [34].

32 — Jeg vil gerne indskyde, at parterne i den foreliggende tvist synes at være enige om, at den dom, der afsiges af Domstolen, vil få konsekvenser for fortolkningen af begrebet »ikke-væsentlige bestemmelser i den lovgivningsmæssige retsakt« som omhandlet i artikel 290 TEUF, der ikke finder tidsmæssig anvendelse i denne sag. Det skal herved understreges, at der i den nævnte retspraksis, som den foreliggende sag skal behandles ud fra, ikke tages hensyn til den dikotomi mellem »delegerede retsakter« og »gennemførelsesretsakter«, der er indført ved TEUF. Domstolen vil støde på nye fortolkningsproblemer, som den ikke kan løse ved bare at anvende den retspraksis, jeg har gennemgået ovenfor, når den skal fastsætte den præcise definition af de to begrebers indhold og rækkevidde og klarlægge forholdet mellem bestemmelserne i artikel 290 og artikel 291, stk. 2, TEUF. Det fremgår med tilstrækkelig tydelighed af den omstændighed, at lovgiver ifølge artikel 290, stk. 1, andet afsnit, har pligt til udtrykkeligt at afgrænse delegationens formål, indhold, omfang og varighed, og dermed også til at fastlægge de væsentlige bestemmelser i basisretsakten. Det begrænser Domstolens fortolkningsmargin betydeligt og resulterer i en mere lige rollefordeling mellem den lovgivende og dømmende magt. Denne problematik findes dog ikke i den foreliggende sag.

33 — De problemer, der opstod under udarbejdelsen af SGK, bekræfter det netop anførte. I sit forslag til forordning henviste Kommissionen til sondringen mellem »grundprincipperne for kontrol [ved de ydre grænser]« og »de praktiske retningslinjer for gennemførelsen af denne kontrol«, herunder de særlige regler for kontrol ved de forskellige typer grænser (til lands, til vands og i luften), og foreslog, at de regler, som allerede eksisterer – de »praktiske retningslinjer« – og som beskrives i bilagene til SGK, i fremtiden skulle kunne ændres ifølge en udvalgsprocedure (jf. KOM(2004) 391 endelig). Dette forslag blev i vidt omfang afvist under vedtagelsen af SGK, som bestemte, at det kun var visse bilag, der kunne ændres efter forskriftsproceduren med kontrol. Det gjaldt ikke for bilag VI og VII, der indeholder henholdsvis »specifikke retningslinjer for de forskellige typer grænser og de forskellige transportmidler, der anvendes til at passere de ydre grænser« og »særlige regler for bestemte personkategorier«, og heller ikke for bilag V vedrørende »retningslinjer for nægtelse af indrejse ved grænsen«.

34 — Jf. eksempelvis teksten på engelsk, »Additional measures governing surveillance«, fransk, »mesures supplémentaires applicables à la surveillance«, tysk, »zusätzlichen Überwachungsmodalitäten«, spansk, »medidas adicionales relativas a la vigilancia«, rumænsk, »măsuri suplimentare care reglementează supravegherea«, og portugisisk, »medidas adicionais relativas à vigilância«.

34. Uanset hvordan den omhandlede bestemmelse er formuleret, ser det dog ud til, at *genstanden* for den delegation, der er fastsat heri, faktisk skal forstås således, at den vedrører de praktiske retningslinjer for overvågningens gennemførelse. Betragtningerne til SGK [35] og til forordning nr. 296/2008 [36] – som ændrede SGK's artikel 12, stk. 5, ved at tilføje en henvisning til forskriftsproceduren med kontrol – og forarbejderne til SGK [37] peger i denne retning. For mig at se er Parlamentet og Rådet desuden meget enige på dette punkt.

35. Deres holdninger til, om foranstaltningerne i den anfægtede afgørelse kan betegnes som rene »praktiske retningslinjer«, og hvilken handlefrihed Kommissionen overordnet set har, dvs. delegationens *rækkevidde*, er til gengæld forskellige. Parlamentet mener i det væsentlige, at artikel 12, stk. 5, kun gør det muligt at træffe foranstaltninger, der hovedsagelig er af teknisk karakter. Rådet har derimod anført, at lovgiver har valgt ikke at præcisere indholdet og arten af de regler, der skal vedtages, og dermed har tillagt Kommissionen vide gennemførelsesbeføjelser.

36. Parlamentets antagelse resulterer efter min opfattelse i en alt for snæver fortolkning af den omhandlede delegation. Som Rådet med rette har påpeget, er der anvendt en generel formulering og valgt en udvalgsprocedure, som gør det muligt at træffe foranstaltninger, der ændrer basisretsakten, selv om der kræves en mere grundig kontrol af den måde, gennemførelsesbeføjelserne udøves på, hvilket tyder på, at hensigten var at give Kommissionen en vis handlefrihed.

c) Basisretsaktens formål og almindelige opbygning

37. Rådet har anført, at ind- og udrejsekontrollen er det vigtigste element i den politik, der føres for at kontrollere de ydre grænser som led i Schengensystemet, og at lovgiver derfor inden for rammerne af proceduren i artikel 251 EF har besluttet at foretage en udtømmende regulering ved at bestemme, at visse retningslinjer herfor kun kan vedtages eller ændres efter forskriftsproceduren med kontrol. Med hensyn til grænseovervågningen har lovgiver til gengæld kun fastsat målsætningerne og de grundlæggende retningslinjer herfor og givet Kommissionen stor frihed til at vedtage yderligere foranstaltninger.

38. Der er flere grunde til, at jeg ikke deler Rådets opfattelse.

39. For det første fremgår det bl.a. af Kommissionens forslag til forordning, at SGK's opbygning i høj grad skyldes, at den består af regler, der er vedtaget tidligere i forbindelse med forskellige retlige instrumenter, navnlig Schengenkonventionen [38] og Den Fælles Håndbog for de ydre grænser [39]. Disse instrumenter indeholdt allerede nærmere bestemmelser om ind- og udrejsekontrol og visse bestemmelser om anvendelsen af denne kontrol. Nogle af disse bestemmelser er indarbejdet i SGK og andre i bilagene hertil.

40. For det andet synes betragtningerne til SGK ikke at understøtte antagelsen om, at overvågningen henset til SGK's opbygning spiller en ret underordnet eller sekundær rolle i forhold til ind- og udrejsekontrollen. I ottende betragtning præciseres det først, at grænsekontrollen omfatter ind- og udrejsekontrol af personer ved grænseovergangsstederne og overvågning mellem disse grænseovergangssteder, hvorefter det fastslås, at det er nødvendigt »at opstille betingelser, kriterier og retningslinjer for ind- og udrejsekontrollen ved grænseovergangsstederne og for overvågningen«. 17.

35 — 17. betragtning.

36 — Fjerde betragtning.

37 — Jf. navnlig Kommissionens forslag til forordning, nævnt i fodnote 33 ovenfor.

38 — Konvention om gennemførelse af Schengenaftalen af 14.6.1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, undertegnet i Schengen den 19.6.1990. Konventionen er offentliggjort i sin helhed i EFT L 239 af 22.9.2000, s. 19.

39 — Schengeneksekutivkomitéens afgørelse om vedtagelsen af denne håndbog er offentliggjort i EFT L 239 af 22.9.2000, s. 317.

betragtning, som vedrører de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen, sondrer ikke mellem kontrol og overvågning og henviser mere generelt til muligheden for at »[indføre] en procedure, der giver Kommissionen mulighed for at tilpasse visse detaljerede praktiske regler for grænsekontrol«.

41. Det fremgår endelig af de retsakter, der gik forud og banede vejen for vedtagelsen af SGK, og i overordnet forstand af en lang række andre instrumenter i grænsekontrolpolitikken – især Frontex-forordningen, som jeg vender tilbage til i det følgende – at overvågningen er et af de vigtigste elementer i denne politik [40]. Det bestemmes også i artikel 77, stk. 1, litra b), TEUF, at Unionen »udformer en politik, der skal sikre, at der foretages personkontrol og effektiv overvågning ved passage af de ydre grænser«, hvilket viser, at der lægges samme vægt på begge aspekter af denne politik.

42. På denne baggrund mener jeg heller ikke, at det er muligt at tiltræde det argument, som Rådets befuldmægtigede forfægtede under retsmødet, nemlig at Kommissionen i betragtning af SGK's almindelige opbygning og den handlefrihed, Kommissionen har ved udøvelsen af sine gennemførelsesbeføjelser, kan vedtage alle de foranstaltninger, som den finder passende og relevante for at nå de mål, der er fastsat for grænseovervågningen i SGK, og som ikke strider mod bestemmelserne heri.

43. Dette argument bygger på antagelsen om, at de foranstaltninger, der skal vedtages i henhold til SGK's artikel 12, stk. 5, i og med at de har til formål at fastsætte visse praktiske regler for overvågningens gennemførelse, næsten pr. definition ikke kan omhandle væsentlige bestemmelser i basisretsakten, der som sådan er forbeholdt lovgiver.

44. Som jeg allerede har forklaret i punkt 38, mener jeg ikke, at denne antagelse er korrekt. Jeg vil blot tilføje, at det rent konkret kan være nødvendigt at træffe valg, som kan få stor betydning for det pågældende lands udlændingepolitik, når formålet om at forhindre ulovlig grænsepassage omsættes til praksis. Der skal eventuelt tages stilling til, hvor vide beføjelser grænsevagterne skal have, om det skal være tilladt at anvende magt, om der skal tages hensyn til den individuelle situation for de personer, der forsøger eller mistænkes for at forsøge at passere grænsen ulovligt, hvilke foranstaltninger der skal træffes mod dem, når de er blevet standset, hvordan de afvises, og hvordan det mere generelt sikres, at de foranstaltninger, der træffes for at bekæmpe ulovlig indvandring, er forenelige med de gældende bestemmelser om menneskerettigheder [41].

45. Til forskel fra Rådet mener jeg således ikke, at grænserne for de gennemførelsesbeføjelser, der er omhandlet i SGK's artikel 12, stk. 5, kan fastlægges alene ud fra de generelle formål med overvågningen, der er fastsat i denne bestemmelse.

46. Jeg vil nu undersøge de anbringender, Parlamentet har fremført, på grundlag af det ovenfor anførte.

3. Det første anbringende om, at den anfægtede afgørelse indfører nye væsentlige bestemmelser i SGK

a) Parternes argumenter

47. Parlamentet har for det første gjort gældende, at punkt 2.4 i del I af bilaget til den anfægtede afgørelse, som vedrører opbringning, bestemmer, at der kan træffes foranstaltninger, som ligger uden for de overvågningsaktiviteter, der er tilladt ifølge SGK's artikel 12, og i den forbindelse tillægger grænsevagterne vidtrækkende beføjelser, som betyder, at de overlades et vidt skøn. Parlamentet har

40 — Jf. bl.a. Kommissionens meddelelse »På vej mod en integreret forvaltning af de ydre grænser for medlemsstaterne af Den Europæiske Union«, som blev udmøntet i en »plan for forvaltning af EU-medlemsstaternes ydre grænser«, der blev godkendt af Rådet den 13.6.2002 og stadfæstet af Det Europæiske Råd i Sevilla den 21. og 22.7.2002 og af Det Europæiske Råd i Saloniki den 19. og 20.6.2003.

41 — Jf. dom afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Store Afdeling) den 23.2.2012 i sag nr. 27765/09, Hirsi Jamaa m.fl. mod Italien.

som eksempel nævnt muligheden for at »beslaglægge skibet og pågribe ombordværende« og muligheden for at »føre skibet eller de ombordværende til et tredjeland eller på anden måde overdrage skibet eller de ombordværende til myndighederne i et tredjeland« [punkt 2.4, litra d), e) og f)]. Parlamentet mener, at det i henhold til SGK's artikel 12, stk. 5, kun er tilladt at træffe foranstaltninger af teknisk eller praktisk art, hvilket bl.a. fremgår af 17. betragtning til SGK og af betragtningerne til forordning nr. 296/2008.

48. Parlamentet har i sin replik præciseret, at reglerne om opbringning i den anfægtede afgørelse falder uden for det materielle og geografiske anvendelsesområde for begrebet »grænseovervågning« som defineret i SGK's artikel 2, nr. 11). Parlamentet har med henvisning til definitionen af begrebet »ydre søgrænser« i beslutning nr. 574/2007/EF[42] påpeget, at SGK ikke giver adgang til at vedtage overvågningsforanstaltninger, der skal anvendes på åbent hav.

49. Parlamentet har for det andet gjort gældende, at bestemmelserne i bilagets del II vedrørende eftersøgnings- og redningssituationer også ligger uden for rammerne af de overvågningsaktiviteter, der er fastlagt i SGK's artikel 12. Disse bestemmelser afføder desuden nye forpligtelser eller nye EU-retlige regler, der ikke kan betragtes som »ikke-væsentlige bestemmelser« som omhandlet i »komitologi«-afgørelsens artikel 2, stk. 2. Parlamentet har herved nævnt de deltagende enheders forpligtelse til at »yde hjælp til ethvert fartøj og enhver person, der er i havsnød« (punkt 1.1) og reglen om, at ilandsætning i det tredjeland, som skibet, der medfører de pågældende personer, er afrejst fra, bør prioriteres (punkt 2.1, andet afsnit). Parlamentet har desuden anført, at de retningslinjer, der er indeholdt i bilagets del II, ikke, som det antydes i overskriften, kan betragtes som ikke-bindende, eftersom disse retningslinjer ifølge artikel 1, andet punktum, i den anfægtede afgørelse »udgør en del af den operative plan, der udarbejdes for hver operation, der samordnes af agenturet«.

50. Rådet har hertil anført, at punkt 2.4 i del I af bilaget til den anfægtede afgørelse indeholder de foranstaltninger, der kan træffes under overvågningsoperationer, eller som under alle omstændigheder er i overensstemmelse med internationale konventioner. Disse foranstaltninger strider efter Rådets opfattelse ikke mod de formål med grænseovervågningen, der er fastsat i SGK's artikel 12. Hvad angår den påstand, som Parlamentet kom med i sin replik, nemlig at reglerne om opbringning ikke er omfattet af det materielle og geografiske anvendelsesområde for begrebet overvågning, har Rådet først og fremmest gjort gældende, at den skal afvises, fordi den er fremført for sent. Rådet mener i øvrigt, at disse argumenter er grundløse. For det første finder den definition af begrebet »ydre søgrænser«, der er indeholdt i beslutning nr. 574/2007, som Parlamentet har henvist til, ikke anvendelse i forbindelse med SGK. For det andet må overvågningen af søgrænserne, når der ikke findes nogen udtrykkelig definition heraf, også omfatte operationer på det åbne hav, eftersom det kun er muligt at sikre den effektive virkning af SGK's artikel 12 ud fra denne fortolkning, der i øvrigt er forenelig med de gældende folkeretlige bestemmelser og navnlig med Palermoprotokollen[43]. Parlamentet har i øvrigt ikke begrundet i tilstrækkeligt omfang, at overvågningsaktiviteter på det åbne hav skulle være udelukket fra det materielle anvendelsesområde for begrebet overvågning i SGK's artikel 12.

51. Med hensyn til retningslinjerne i bilagets del II har Rådet indledningsvis understreget, at de ikke er bindende, hvilket fremgår klart af deres ordlyd og af den anfægtede afgørelse i dens helhed. Hvad angår deres rækkevidde har Rådet dernæst anført, at medlemsstaternes eftersøgnings- og redningsforpligtelser er fastsat i internationale konventioner. De pågældende retningslinjer sikrer en ensartet fortolkning af bestemmelserne i disse konventioner, der finder anvendelse, når det er nødvendigt at komme et nødstedt skib til undsætning – som Rådet har erkendt, er der ret beset ikke tale om overvågning – i forbindelse med en overvågningsoperation, der samordnes af agenturet. Medlemsstaterne er imidlertid ikke bundet af denne fortolkning og kan indarbejde andre foranstaltninger i den operative plan, som de fastlægger sammen med agenturet.

42 — Europa-Parlamentets og Rådets beslutning af 23.5.2007 om oprettelse af Fonden for De Ydre Grænser for perioden 2007-2013 som en del af det generelle program om solidaritet og forvaltning af migrationsstrømme (EUT L 144, s. 22).

43 — Protokol om bekæmpelse af menneskesmugling til lands, ad søvejen og ad luftvejen til supplering af FN's konvention om bekæmpelse af grænseoverskridende organiseret kriminalitet, indgået på konferencen i Palermo den 12.-15.12.2000.

52. Kommissionen mener, at beføjelsen til at supplere en retsakt ved at tilføje nye ikke-væsentlige bestemmelser indebærer, at der kan fastsættes yderligere forpligtelser og bestemmelser om nye aktiviteter, forudsat at disse er nødvendige eller hensigtsmæssige for basisretsaktens gennemførelse og ikke strider mod denne retsakt.

53. Ifølge Kommissionen er den anfægtede afgørelse nødvendig eller i hvert fald hensigtsmæssig for at opfylde formålet om at forhindre ulovlig grænsepassage som omhandlet i SGK's artikel 2, nr. 11), og artikel 12. Det er formålet med den anfægtede afgørelses bestemmelser om patruljering på det åbne hav. Kommissionen har desuden understreget, at det ikke bestemmes i SGK, at denne ikke finder anvendelse på overvågningsoperationer i internationalt farvand. Det bekræftes i øvrigt i bilag VI til SGK, hvorefter der kan gennemføres ind- og udrejsekontrol i havnen i et tredjeland eller under rejsen, at SGK's geografiske anvendelsesområde også omfatter aktiviteter, der finder sted uden for medlemsstaternes område, forudsat at disse medlemsstater er omfattet af denne retsakts materielle anvendelsesområde, f.eks. i forbindelse med begrebet overvågning. Kommissionen har i den forbindelse gjort gældende, at Parlamentet har anlagt en alt for snæver fortolkning af »begrebet overvågning«. Efter Kommissionens opfattelse falder opbringning ind under begrebet overvågning, når der er tale om fartøjer, som mistænkes for at ville sejle ind i EU's område ved at omgå grænsekontrollen. Overvågningen er således ikke begrænset til en rent passiv aktivitet, hvilket i øvrigt fremgår af SGK's artikel 12, stk. 4, der giver ret til at »pågribe personer«. Kommissionen mener ligeledes, at eftersøgnings- og redningsaktiviteter, der finder sted under overvågningsoperationer, er omfattet af begrebet overvågning. Den har herved anført, at overvågningsoperationen ofte i sig selv giver anledning til eftersøgnings- og redningsoperationer, når et skib sænkes med vilje, efter at det er blevet opbragt.

b) Bedømmelse

54. Det skal indledningsvis fastslås, at den formalitetsindsigelse, som Rådet har fremført mod påstanden i replikken om, at reglerne om opbringning er udelukket fra det materielle og geografiske anvendelsesområde for begrebet overvågning, må forkastes. I modsætning til det af Rådet anførte er der således tale om et argument, som understøtter og uddyber de anbringender, der allerede er anført i stævningen, og ikke et nyt anbringende, der er fremsat for sent. Jeg vil desuden minde om, at anbringender om manglende kompetence vedrører ufravigelige retsprincipper og derfor kan fremføres ex officio [44].

55. Med hensyn til realiteten skal det undersøges, om Rådet, som Parlamentet hævder, i den anfægtede afgørelse har overskredet de gennemførelsesbeføjelser, der er fastsat i SGK's artikel 12, stk. 5, ved at regulere væsentlige aspekter af basisretsakten. Parlamentet har bl.a. anført, at den anfægtede afgørelse indeholder foranstaltninger, der ikke er omfattet af det materielle anvendelsesområde for begrebet overvågning som omhandlet i SGK.

56. Begrebet »grænseovervågning« defineres i SGK's artikel 2, nr. 11), som »overvågning af grænserne på strækningerne mellem grænseovergangssteder og overvågning af grænseovergangssteder uden for den normale åbningstid for at forhindre personer i at omgå ind- og udrejsekontrollen«. Det fremgår af SGK's artikel 12, stk. 1, at »[h]ovedformålet med grænseovervågning er at forhindre ulovlig grænsepassage, bekæmpe grænseoverskridende kriminalitet og træffe foranstaltninger mod personer, som har passeret grænsen ulovligt«.

57. Som Rådet og Kommissionen med rette har understreget, defineres overvågningen i SGK hovedsageligt ud fra dens mål. Ifølge denne definition drejer det sig om et meget vidt begreb, som kan omfatte enhver foranstaltning, der både sigter mod at forhindre og at forebygge omgåelse af ind- og udrejsekontrollen. For at overvågningsforanstaltningerne kan være effektive, således som det kræves i

44 — Jf. bl.a. dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 56.

artikel 77, stk. 1, litra b), TEUF, skal de i øvrigt afpasses efter den type grænse, der er tale om, og den konkrete risiko for ulovlig indvandring, hvilket afhænger af forskellige faktorer (geografiske, økonomiske, geopolitiske, klimatiske osv.). Det følger heraf, at begrebet overvågning skal fortolkes dynamisk og fleksibelt, og at spektret af de foranstaltninger, som kan være nødvendige for at forfølge de mål, der er nævnt i SGK's artikel 12, stk. 1, er meget bredt og varieret.

58. Parlamentet har også gjort gældende, at der i SGK foreskrives en overvågning, som i det væsentlige er passiv. Denne antagelse bekræftes dog ikke af ordlyden af SGK's artikel 12, hvoraf det fremgår, at et af formålene med overvågningen er at træffe foranstaltninger mod personer, der er rejst ulovligt ind i EU. Det er således muligt at foretage indgreb, der ligger ud over den egentlige grænseovervågning [45]. Det samme gælder for de forebyggende og afskrækkende foranstaltninger, hvor det eneste krav er, at de skal være knyttet til en konkret risiko for omgåelse af grænsekontrollen.

59. Jeg mener som følge heraf, at langt de fleste af de opbringningsforanstaltninger, der er indeholdt i punkt 2.4 i del I af bilaget til den anfægtede afgørelse, er omfattet af begrebet overvågning, således som dette er beskrevet ovenfor. Jeg er derimod i tvivl om, hvorvidt dette begreb også kan omfatte de foranstaltninger, der er anført i litra d) og f) i dette punkt, som giver grænsevagterne ret til henholdsvis at »beslaglægge skibet og pågribe ombordværende« og at »føre skibet eller de ombordværende til et tredjeland eller på anden måde overdrage skibet eller de ombordværende til myndighederne i et tredjeland«, og om det kan omfatte bestemmelserne om eftersøgning og redning i del II af bilaget til den anfægtede afgørelse, selv om disse foranstaltninger og bestemmelser har til formål at gennemføre overvågningsoperationer eller imødegå situationer, der opstår under disse operationer [46].

60. Det er dog ikke nødvendigt at tage endelig stilling til dette spørgsmål. Som det fremgår af ovenstående betragtninger, kan det ikke udelukkes, at den anfægtede afgørelse, sådan som Parlamentet hævder, fastsætter væsentlige bestemmelser i basisretsakten, selv om det antages, at denne afgørelse indeholder praktiske regler om gennemførelse af overvågningen, som ligger inden for rammerne af SGK's definition af dette begreb.

61. I betragtning af det område, der reguleres ved de omhandlede bestemmelser, og af formålene med og den almindelige opbygning af SGK, hvori overvågning udgør et vigtigt element i grænsekontrolpolitikken, og med forbehold af den handlefrihed, som Kommissionen tillægges i artikel 12, stk. 5, mener jeg, at de vidtgående foranstaltninger, der er indeholdt i punkt 2.4 i del I af bilaget til den anfægtede afgørelse, og navnlig foranstaltningerne i litra b), d), f) og g) samt bestemmelserne om ilandsætning i dette bilags del II indeholder væsentlige bestemmelser om overvågning af de ydre søgrænser. Disse foranstaltninger indebærer valg, som kan have konsekvenser for personers individuelle frihed og for deres grundlæggende rettigheder (f.eks. med hensyn til ransagning, tilbageholdelse og beslaglæggelse af skibe), og for de muligheder, som disse personer har for at påberåbe sig og opnå den beskyttelse inden for EU, som de eventuelt har krav på i henhold til folkeretten (det gælder bl.a. for reglerne om ilandsætning, når der ikke findes nærmere anvisninger om, hvordan myndighederne skal tage hensyn til den individuelle situation for de personer, der befinder sig om bord på det opbragte fartøj) [47], og som også kan have konsekvenser for forholdet mellem EU eller de medlemsstater, der deltager i overvågningsoperationen, på den ene side og de tredjelande, der er berørt af denne operation, på den anden side.

45 — Som f.eks. at standse personer, kontrollere deres identitet og føre dem tilbage til grænseovergangsstedet. Jf. i denne retning Schengenhåndbogen, nævnt i fodnote 39 ovenfor.

46 — Det skal indskydes, at selv om disse foranstaltninger og bestemmelser ikke er omfattet af begrebet overvågning som omhandlet i SGK, betyder det ikke, som Rådet gjorde gældende under retsmødet, at de ikke kan reguleres på EU-retligt plan. Der er intet til hinder for, at lovgiver indfører en definition af begrebet grænseovervågning, der er bredere end i SGK, eventuelt ud fra formålet om en »effektiv« overvågning, jf. artikel 77, stk. 1, litra b), TEUF. Det er desuden muligt at træffe foranstaltninger med henblik på at sikre en effektiv styring af migrationsstrømme med hjemmel i artikel 79, stk. 1, TEUF og artikel 79, stk. 2, litra c), TEUF.

47 — Selv om den anfægtede afgørelse som helhed betragtet sikrer, at overvågningsoperationerne gennemføres i bedre overensstemmelse med menneskerettighederne og reglerne om beskyttelse af flygtninge.

62. Noget tilsvarende kan efter min opfattelse siges om den anfægtede afgørelses bestemmelser om opbringning af skibe på det åbne hav. På den ene side fremgår det udtrykkeligt af disse bestemmelser, at det er muligt at træffe de foranstaltninger, der er nævnt i det foregående punkt, i internationalt farvand, hvilket i den nævnte kontekst er en væsentlig mulighed, uanset om Parlamentet har ret i antagelsen om, at SGK's geografiske anvendelsesområde hvad angår søgrænser kun går til den ydre grænse for medlemsstaternes territorialfarvand eller for den tilstødende zone og ikke når ud på det åbne hav [48]. På den anden side medfører de nævnte bestemmelser, der har til formål at sikre, at de gældende internationale regler for maritime grænseovervågningsoperationer anvendes ensartet [49], ingen forpligtelser for de medlemsstater, der deltager i disse operationer, og de tillægger dem ikke andre rettigheder end dem, der følger af disse regler, hvilket Rådet og Kommissionen kraftigt har pointeret. De kræver imidlertid, at medlemsstaterne foretager en særlig fortolkning af disse forpligtelser og rettigheder, hvilket kan bringe deres ansvar på internationalt plan i fare [50].

63. To andre forhold understøtter den konklusion, som jeg har draget ovenfor.

64. For det første omhandler visse af bestemmelserne i den anfægtede afgørelse vanskelige og meget kontroversielle problemer, bl.a. vedrørende anvendelsen af princippet om non-refoulement i internationalt farvand [51] og spørgsmålet om, hvor reddede personer ifølge SAR-konventionen skal føres hen [52]. Medlemsstaterne ser forskelligt på disse problemer, hvilket fremgår af Kommissionens forslag til afgørelse [53].

65. For det andet fremgår det af SGK's bestemmelser om ind- og udrejsekontrol, at det alene tilkommer lovgiver at fastsætte de praktiske regler om gennemførelsen af denne kontrol for så vidt angår aspekter, som med de nødvendige ændringer svarer til dem, der er reguleret i den anfægtede afgørelse, selv om Kommissionen gav udtryk for en anden opfattelse i forslaget til forordning [54].

66. Det følger af det ovenfor anførte, at den anfægtede afgørelse fastsætter væsentlige bestemmelser i basisretsakten som omhandlet i den retspraksis, der er beskrevet i punkt 26-29 i dette forslag til afgørelse.

67. Jeg mener som følge heraf, at Parlamentets første anbringende bør tages til følge.

4. Det andet anbringende om, at den anfægtede afgørelse ændrer væsentlige bestemmelser i SGK

68. Parlamentet har med det andet anbringende gjort gældende, at den anfægtede afgørelse, idet den bestemmer, at grænsevagterne kan pålægge skibet at ændre kurs mod et andet bestemmelsessted end territorialfarvandene og føre skibet eller de ombordværende til et tredjeland [punkt 2.4, litra e) og f), i bilagets del I], ændrer et væsentligt element i SGK, nemlig princippet i artikel 13 om, at »[i]ndrejse [kun kan] nægtes ved en begrundet afgørelse med angivelse af de præcise grunde til nægtelsen«.

48 — På det åbne hav gælder princippet om fri sejlads og princippet om, at den medlemsstat, hvis flag skibet fører, har eksklusiv jurisdiktion. Som Kommissionen selv har påpeget i en rapport fra 2007 om folkeretlige instrumenter til bekæmpelse af ulovlig indvandring ad søvejen, følger det heraf, »at en medlemsstat i princippet kun har ret til at nærme sig et skib for at konstatere dets identitet og nationalitet og ikke kan udøve nogen offentlig myndighed (såsom bording, opbringning, ransagning, herunder undersøgelse af dokumenter, ledsagelse til havn, tilbageholdelse eller beslaglæggelse) over et skib, der sejler under fremmed flag på åbent hav, selv om dette skib transporterer ulovlige indvandrere til kysterne i denne stat, når skibet ikke er sejlet ind i en zone, der støder op til medlemsstatens område« [o.a.: Domstolens oversættelse] (SEC(2007) 691, punkt 4.3.1.2).

49 — Jf. betragtningerne til den anfægtede afgørelse og Kommissionens forslag til afgørelse, KOM(2009) 658 endelig.

50 — Selv om det fremgår af sjette betragtning i præamblen til den anfægtede afgørelse, at gennemførelsen af denne afgørelse ikke påvirker medlemsstaternes forpligtelser i henhold til den relevante folkeret.

51 — Jf. herved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Hirsi-sagen og dommer Pinto de Albuquerques overensstemmende tilkendegivelse.

52 — Den internationale konvention om maritim eftersøgning og redning, undertegnet i Hamborg den 27.4.1979.

53 — Det ser desuden ud til, at det især var de divergerende meninger og det dødvande, som det skabte, der var årsag til, at Kommissionen valgte at benytte udvalgsproceduren i SGK's artikel 12, stk. 5, i stedet for den almindelige lovgivningsprocedure. Dette fremgår også af den skrivelse fra kommissær Cecilia Malmström, der er knyttet som bilag til replikken. Disse meningsforskelle findes stadig. Den anfægtede afgørelses bestemmelser om eftersøgning og redning er eksempelvis ikke blevet anvendt i forbindelse med de Frontex-operationer, der er iværksat efter den anfægtede afgørelses ikrafttræden, fordi Malta har modsat sig dette.

54 — Jf. fodnote 33 ovenfor.

69. Parlamentets synspunkt bygger på en antagelse om, at den nævnte artikel 13 også finder anvendelse på grænseovervågning. Rådet og Kommissionen har begge taget afstand fra denne fortolkning, idet de mener, at forpligtelsen i denne artikel til at træffe en begrundet afgørelse kun gælder, når en person, der på lovlig vis har henvendt sig til et grænseovergangssted og har gennemgået den kontrol, der foreskrives i SGK, nægtes indrejse på EU's område.

70. Parlamentets anbringende bør efter min opfattelse forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til det følsomme spørgsmål om anvendelsesområdet for SGK's artikel 13, som Domstolen efter al sandsynlighed kommer til at behandle på et senere tidspunkt.

71. Som Rådet har anført, henvises der ganske vist ikke udtrykkeligt til denne bestemmelse i den anfægtede afgørelse, men det kan ikke afvises, at den vil blive anvendt i forbindelse med de overvågningsoperationer, der er omhandlet i denne afgørelse. Det kan give anledning til praktiske vanskeligheder, hvis den anvendes, men det er ikke umuligt, heller ikke i de situationer, Parlamentet har beskrevet. Det skal i øvrigt fremhæves, at de foranstaltninger, der er nævnt i punkt 2.4, ifølge punkt 1.2 i del I af bilaget til den anfægtede afgørelse skal træffes i overensstemmelse med det internationale princip om non-refoulement, selv om opbringningen finder sted på det åbne hav. Foranstaltningerne skal som følge heraf gennemføres på en sådan måde, at grænsevagterne får mulighed for at foretage den kontrol, der er nødvendig for at sikre, at dette princip ikke er blevet tilsidesat [55].

72. Parlamentet har i sin replik argumenteret for, at den anfægtede afgørelse i hvert fald har udvidet artikel 13's materielle og geografiske anvendelsesområde ved at bestemme, at denne artikel finder anvendelse på situationer, der ikke tidligere var omfattet af SGK. Dette argument er sammenfaldende med de argumenter, der blev fremført til støtte for det første anbringende. Jeg henviser derfor til de betragtninger, jeg har anført i forbindelse med gennemgangen af dette anbringende.

73. Jeg mener på grundlag af det ovenfor anførte, at Parlamentets andet anbringende bør forkastes.

5. Det tredje anbringende om, at den anfægtede afgørelse ændrer Frontex-forordningen

a) Parternes argumenter

74. Med det tredje anbringende har Parlamentet gjort gældende, at den anfægtede afgørelse falder uden for anvendelsesområdet for artikel 12, stk. 5, som ikke giver Kommissionen eller Rådet beføjelse til at vedtage regler for de operationer, der samordnes af agenturet, hvis opgaver og virksomhed er fastsat i Frontex-forordningen. Ifølge Parlamentet er den anfægtede afgørelses eneste formål i stedet at regulere disse operationer ved at fastsætte forpligtelser ikke bare for medlemsstaterne, men også for agenturet selv. Parlamentet har som eksempel anført, at reglerne i del I af bilaget til den anfægtede afgørelse og de ikke-bindende retningslinjer, der er indeholdt i del II, i henhold til denne afgørelses artikel 1 udgør »en del af den operative plan, der udarbejdes for hver operation, der samordnes af agenturet«. Denne bestemmelse ændrer Frontex-forordningens artikel 8e, stk. 1, hvorefter »[d]en administrerende direktør [for agenturet] og den anmodende medlemsstat fastlægger en operativ plan, som fastsætter de præcise betingelser for indsættelsen af holdene« [56]. Den kræver desuden, at der i den operative plan fastsættes regler om, hvordan standsede eller reddede personer skal sættes i land, og ændrer markant den rolle, som de grænsevagter, der deltager i operationen, skal spille. Parlamentet har i sin replik tilføjet, at den anfægtede afgørelse har udvidet Frontex-forordningens geografiske anvendelsesområde som fastlagt i artikel 1a, stk. 1.

75. Rådet og Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at overvågningsoperationer i henhold til SGK's artikel 16, stk. 1, skal iværksættes af medlemsstaterne i tæt samarbejde med hinanden, og at dette samarbejde, som det præciseres i artikel 16, stk. 2, samordnes af agenturet. Det er derfor indlysende, at der er en forbindelse til Frontex-forordningen. Rådet og Parlamentet har dog afvist, at

55 — Jf. herved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Hirsi-sagen, præmis 201 ff.

56 — Som følge af de ændringer, der senere er foretaget i Frontex-forordningen, finder artikel 8e nu kun anvendelse på hurtige indsatser.

den anfægtede afgørelse bevirker, at denne forordning ændres. De har anført, at det ikke medfører en sådan ændring, at reglerne i den anfægtede afgørelse indarbejdes i den operative plan, eftersom disse regler, der vedrører overvågningens gennemførelse, let kan indgå i de elementer i planen, der er opregnet i Frontex-forordningens artikel 8e, litra c) og d)[57]. Kommissionen har tilføjet, at den anfægtede afgørelse kun er rettet til medlemsstaterne, og at medlemsstaterne skal sørge for, at bilaget til denne afgørelse indgår i den operative plan, som de udarbejder sammen med agenturet. Den anfægtede afgørelse har derfor ingen indvirkning på agenturets virksomhed. Det er i virkeligheden snarere Frontex-forordningen, der bestemmer rækkevidden af den forpligtelse, som medlemsstaterne pålægges i den anfægtede afgørelse. Rådet har endelig gjort gældende, at selv om det konkluderes, at den anfægtede afgørelse ændrer bestemmelserne i artikel 8e og 8g ved at tilføje nye ikke-væsentlige bestemmelser, betyder det ikke, at denne afgørelse er ulovlig, eftersom både SGK og Frontex-forordningen er retlige instrumenter til gennemførelse af politikken for forvaltning af de ydre grænser som omhandlet i artikel 77 TEUF og derfor supplerer hinanden.

b) Bedømmelse

76. Det må indledningsvis fastslås, at Rådets subsidiære argument om, at den anfægtede afgørelse ikke er ulovlig, selv om den ændrer Frontex-forordningen, ikke kan tiltrædes. Som Parlamentet ganske rigtigt har anført, har Kommissionen (eller Rådet) ved udøvelsen af sine gennemførelsesbeføjelser ikke ret til at ændre en anden retsakt end basisretsakten af den ene grund, at de to retlige instrumenter regulerer forskellige aspekter af det samme spørgsmål og i en vis forstand kan anses for at supplere hinanden. Kommissionen er af samme opfattelse.

77. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om Parlamentet har ret i, at den anfægtede afgørelse ændrer Frontex-forordningen eller bevirker, at visse bestemmelser i denne forordning ændres.

78. Der er utvivlsomt en forbindelse mellem de to retsakter, hvilket Rådet og Kommissionen med rette har påpeget. Det er hensigten med SGK og de bestemmelser, der er vedtaget for at gennemføre denne kodeks, at de også skal finde anvendelse på overvågningsoperationer, der gennemføres af Frontex, og agenturets rolle i forbindelse med samordningen af medlemsstaternes operative samarbejde med hensyn til forvaltning af de ydre grænser fremgår udtrykkeligt af SGK's artikel 16, stk. 2.

79. Der er dog hverken i denne eller andre bestemmelser i SGK fastsat regler eller givet tilladelse til, at der træffes foranstaltninger med det formål at regulere medlemsstaternes operative samarbejde med hensyn til forvaltning af EU's ydre grænser. Det kan i øvrigt ikke være anderledes, når artikel 66 EF, som tillagde Rådet beføjelse til at træffe disse foranstaltninger, og som Frontex-forordningen er baseret på, ikke indgår i retsgrundlaget for SGK[58]. Det bestemmes desuden i SGK, at medlemsstaterne ikke må gribe ind i Frontex' virksomhed. SGK's artikel 16, stk. 3, første afsnit, giver således medlemsstaterne ret til uafhængigt af Frontex at fortsætte det operative samarbejde ved de ydre grænser med andre medlemsstater og/eller tredjelande, men kræver, at dette samarbejde supplerer agenturets virke, og bestemmer udtrykkeligt, at det ikke må berøre agenturets beføjelser. Det fremgår desuden af stk. 3, andet afsnit, at »[m]edlemsstaterne undlader enhver foranstaltning, der kan skade agenturets virke eller opfyldelsen af dets mål«[59].

57 — Det fremgår af artikel 8e, litra c) og d), hvilke elementer der skal indgå i den operative plan, nemlig »det geografiske ansvarsområde i den anmodende medlemsstat, hvor holdene vil blive sat ind«, og »en beskrivelse af opgaver og særlige instrukser for medlemmerne af holdene«.

58 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 863/2007 af 11.7.2007 om indførelse af en ordning for oprettelse af hurtige grænseindsatshold og ændring af Rådets forordning (EF) nr. 2007/2004 med hensyn til denne ordning og om regulering af gæstemedarbejderes opgaver og beføjelser (EUT L 199, s. 30) er også baseret på artikel 66 EF. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1168/2011 af 25.10.2011 om ændring af Rådets forordning (EF) nr. 2007/2004 om oprettelse af et europæisk agentur for forvaltning af det operative samarbejde ved EU-medlemsstaternes ydre grænser (EUT L 304, s. 1) er baseret på artikel 74 TEUF, der trådte i stedet for artikel 66 EF, og på artikel 77, stk. 2, litra b) og d). Der er i artikel 77, stk. 2, litra d), specifik hjemmel til at vedtage »nødvendige tiltag til den gradvise udvikling af et integreret system for forvaltningen af de ydre grænser«.

59 — SGK's artikel 16, stk. 2 og 3, er næsten enslydende med Frontex-forordningens artikel 2, stk. 2.

80. På baggrund af dette er hovedformålet med den anfægtede afgørelse »inden for rammerne af det operative samarbejde, der samordnes af agenturet, samt en yderligere styrkelse af dette samarbejde« at vedtage »supplerende regler om den overvågning af søgrænserne, som foretages af grænsevagter« (2. og 11. betragtning), og det bestemmes i artikel 1, at denne overvågning »finder sted i henhold til reglerne i del I i bilaget«, samt at »[d]isse regler og de ikke-bindende retningslinjer, der er indeholdt i del II i bilaget, udgør en del af den operative plan, der udarbejdes for hver operation, der samordnes af agenturet« [60].

81. Som Kommissionen bl.a. har anført, skaber den anfægtede afgørelse kun forpligtelser for medlemsstaterne og ikke for agenturet. Da den operative plan skal fastlægges af agenturet og den anmodende medlemsstat, kan det i praksis ske, at den anfægtede afgørelses bestemmelser ikke indarbejdes i denne plan [61].

82. Det ændrer dog intet ved den omstændighed, at den anfægtede afgørelses artikel 1 medfører en betydelig begrænsning af den anmodende medlemsstats handlefrihed og dermed også af agenturets handlefrihed, eftersom den kan gribe meget ind i agenturets virksomhed. Det viste sig eksempelvis i marts 2011, hvor Malta bad Frontex om at iværksætte en indsats i forbindelse med krisen i Libyen. Anmodningen fra bl.a. Malta om ikke at lade retningslinjerne i del II af bilaget til den anfægtede afgørelse indgå i den operative plan, blev mødt med protester fra flere medlemsstater og førte til langvarige drøftelser mellem agenturet og den maltesiske regering med det resultat, at operationen ikke kunne gennemføres [62].

83. I praksis anses bilaget til den anfægtede afgørelse i sin helhed, herunder de ikke-bindende retningslinjer – som henset til ordlyden af artikel 1 må betragtes som obligatoriske [63] – for at udgøre en del af de EU-foranstaltninger vedrørende forvaltning af de ydre grænser, som agenturet i henhold til Frontex-forordningens artikel 1, stk. 2, skal fremme og effektivisere anvendelsen af [64].

84. De ikke-bindende retningslinjer for eftersøgnings- og redningssituationer, der er indeholdt i del II af bilaget til den anfægtede afgørelse, omhandler i øvrigt aspekter af operationen, som ikke hører til Frontex' opgaver. Som Kommissionen selv understregede i det forslag, som den anfægtede afgørelse er baseret på, er Frontex ikke et eftersøgnings- og redningsagentur [65], og »[d]e fleste af de operationer til søs, der samordnes af Frontex, bliver til eftersøgnings- og redningsoperationer […], [hvilket betyder] at de fjernes fra anvendelsesområdet for Frontex-samordningen« [66]. Det samme gælder for reglerne om ilandsætning. Alligevel foreskrives det i den anfægtede afgørelse, at de nævnte retningslinjer skal indgå i den operative plan.

85. Jeg mener på grundlag af disse betragtninger, at den anfægtede afgørelse overskrider grænserne for de gennemførelsesbeføjelser, der er fastsat i SGK's artikel 12, stk. 5, idet den regulerer aspekter af medlemsstaternes operative samarbejde med hensyn til forvaltning af EU's ydre grænser, der er omfattet af Frontex-forordningens anvendelsesområde, og idet den under alle omstændigheder fastsætter regler, som griber ind i arbejdet i det agentur, der er oprettet ved denne forordning.

60 — Det skal indskydes, at der, før forordning nr. 1168/2011 trådte i kraft, ikke skulle udarbejdes en operativ plan for alle operationer, der blev samordnet af agenturet, men kun for hurtige indsatser under den ordning, der blev indført i Frontex-forordningen ved forordning nr. 863/2007.

61 — Der blev øjensynligt fastsat særlige regler for Hermes-operationen, som Frontex iværksatte den 20.2.2011 i den centrale del af Middelhavet.

62 — Sagen er nærmere beskrevet på følgende websted: http://migrantsatsea.wordpress.com/2011/04/03/maltese-conditions-for-hosting-frontex-mission-not-accepted-by-frontex/

63 — Kommissionen har selv erkendt, at retningslinjerne er bindende, i forbindelse med den foreliggende sag.

64 — Jf. i denne retning kommissær Cecilia Malmströms skrivelse af 1.4.2011 til den maltesiske indenrigsminister i anledning af Maltas ovennævnte anmodning om bistand.

65 — Der skal oprettes i henhold til SAR-konventionen, nævnt i fodnote 52 ovenfor.

66 — KOM(2009) 658 endelig.

86. Jeg vil afslutningsvis bemærke, at den lovgivning, som de ovenfor nævnte betragtninger er baseret på, blev ændret ved forordning nr. 1168/2011 [67]. Denne forordning har bl.a. betydet, at der i artikel 1, stk. 2, er indsat en udtrykkelig henvisning til SGK, at der i artikel 2, stk. 1, der fastlægger agenturets opgaver, er blevet tilføjet et litra da), hvorefter agenturet skal bistå medlemsstaterne i »nogle situationer, [der] kan indebære humanitære nødsituationer og redning til søs«, og at det i litra j) i den nye artikel 3a, stk. 1, og artikel 8e, stk. 1, er oplyst, hvilke elementer der skal indgå i den operative plan i tilfælde af operationer til havs, herunder »henvisninger til folkerettens og EU-rettens regler om opbringning, redning til søs og ilandsætning«.

87. Selv om en sådan lovændring skulle tages i betragtning i den foreliggende sag, påvirker det dog ikke den konklusion, jeg har draget ovenfor. Selv efter at forordning nr. 1168/2011 er trådt i kraft, træffes de foranstaltninger, der har til formål at fastsætte praktiske regler for operationer til havs, der samordnes af Frontex, i praksis ved henvisning til gennemførelsesretsakten for et andet retligt instrument, som er baseret på et retsgrundlag, der ikke i sig selv gør det muligt at træffe disse foranstaltninger. Den anfægtede afgørelse har ved at indføre disse bestemmelser overskredet grænserne for de gennemførelsesbeføjelser, der er fastsat i SGK's artikel 12, stk. 5.

88. Jeg mener sammenfattende, at Parlamentets tredje anbringende også bør tages til følge.

C – *Konklusion vedrørende søgsmålet*

89. Det følger efter min opfattelse af det ovenfor anførte, at Parlamentet bør gives medhold i sagen, og at den anfægtede afgørelse bør annulleres.

IV – Parlamentets påstand om, at den anfægtede afgørelses virkninger opretholdes

90. Parlamentet har nedlagt påstand om, at Domstolen i henhold til den beføjelse, som den er tillagt ved artikel 264, stk. 2, TEUF, opretholder den anfægtede afgørelses virkninger, indtil en ny afgørelse er vedtaget, såfremt den beslutter at annullere den anfægtede afgørelse. Denne bestemmelse, hvorefter »Domstolen angiver […], dersom den skønner det nødvendigt, hvilke af den annullerede retsakts virkninger der skal betragtes som bestående«, er tidligere blevet anvendt for foreløbigt at opretholde alle retsvirkninger af en sådan retsakt, indtil den erstattes med en ny retsakt [68].

91. Hvis den anfægtede afgørelse annulleres med det samme, vil det i det foreliggende tilfælde betyde, at EU mister et vigtigt retligt instrument, der har til formål at koordinere medlemsstaternes fælles indsats i forbindelse med forvaltningen af overvågningen af EU's søgrænser og at sikre, at overvågningen gennemføres i bedre overensstemmelse med menneskerettighederne og reglerne om beskyttelse af flygtninge.

92. Jeg mener af de ovenfor anførte grunde, at Parlamentets påstand bør tages til følge, og at den anfægtede afgørelses virkninger bør opretholdes indtil ikrafttrædelsen af en ny retsakt, der vedtages efter den almindelige lovgivningsprocedure.

V – Forslag til afgørelse

93. Jeg foreslår på baggrund af det anførte, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»– Rådets indsigelse forkastes, og sagen antages til realitetsbehandling.

67 — Nævnt i fodnote 58 ovenfor.

68 — Jf. bl.a. dom af 3.9.2009, sag C-166/07, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 7135, og af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 373 ff., vedrørende artikel 231, stk. 2, EF samt dom af 7.7.1992, sag C-295/90, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 4193, præmis 22 ff., for så vidt angår EØF-traktatens artikel 174, stk. 2.

– Europa-Parlamentets materielle påstand tages til følge, og den anfægtede afgørelse annulleres.

– Den anfægtede afgørelses virkninger opretholdes indtil ikrafttrædelsen af en ny afgørelse, der vedtages efter den almindelige lovgivningsprocedure.

– Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kommissionen bærer sine egne omkostninger.«