CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 17 april 2012 [1]

Zaak C-355/10

Europees Parlement
tegen

Raad van de Europese Unie

„Beroep tot nietigverklaring — Besluit 2010/252/EU — Uitvoeringsbevoegdheden — Grenzen — Verordening (EG) nr. 562/2006 — Schengengrenscode — Grensbewaking”

1. In de onderhavige zaak verzoekt het Europees Parlement het Hof besluit 2010/252/EU van de Raad van 26 april 2010 houdende aanvulling van de Schengengrenscode [2] op het gebied van de bewaking van de maritieme buitengrenzen in het kader van de operationele samenwerking die wordt gecoördineerd door het Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (hierna: „bestreden besluit”) [3], nietig te verklaren. Indien het beroep wordt toegewezen, verzoekt het Parlement de gevolgen van het bestreden besluit te handhaven totdat het vervangen is.

I – Rechtskader en bestreden besluit

2. In de Schengengrenscode (hierna ook: „SGC”) zijn onder meer de maatregelen vastgesteld die van toepassing zijn op het grenstoezicht ten aanzien van personen die de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie overschrijden (artikel 1, tweede alinea). Volgens artikel 3, sub b, is de Schengengrenscode van toepassing „onverminderd [...] de rechten van vluchtelingen en personen die om internationale bescherming verzoeken, met name wat betreft non-refoulement”.

3. Het begrip „buitengrenzen” is in artikel 2, punt 2, gedefinieerd als „de landgrenzen, met inbegrip van de rivier- en meergrenzen, de zeegrenzen alsmede de lucht-, rivier-, zee- en meerhavens van de lidstaten, voor zover zij geen binnengrenzen zijn”. Artikel 2, punt 10, definieert „grenscontroles” als „de controles die aan de grensdoorlaatposten worden verricht om na te gaan of de betrokken personen, hun vervoermiddelen en de voorwerpen in hun bezit het grondgebied van de lidstaten mogen binnenkomen dan wel verlaten”. Het begrip „grensbewaking” is in artikel 2, punt 11, gedefinieerd als „de bewaking van de grenzen buiten de grensdoorlaatposten en de bewaking van de grensdoorlaatposten buiten de vastgestelde openingstijden om te voorkomen dat personen zich aan de grenscontroles onttrekken”.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Verordening nr. 562/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (PB L 105, blz. 1).

3 — PB L 111, blz. 20.

4. Titel II van de SGC, met het opschrift „Buitengrenzen", bestaat uit vier hoofdstukken. Hoofdstuk II bevat regelingen voor de grenscontrole op personen door de grenswachters, de grensbewaking en de weigering van toegang.

5. Artikel 12 bevat de bepalingen over grensbewaking. In de leden 1 tot en met 4 worden het doel van de grensbewaking, de bevoegdheden van de grenswachters en de wijze van bewaking omschreven. Zij luiden als volgt:

„1. De bewaking aan de buitengrenzen is vooral bedoeld om onrechtmatige grensoverschrijding te voorkomen, grensoverschrijdende criminaliteit te bestrijden en de toepassing of het nemen van maatregelen tegen illegaal binnengekomen personen mogelijk te maken.

2. De grenswachters zetten vaste of mobiele eenheden in voor de bewaking van de buitengrens. De bewaking wordt op zodanige wijze uitgeoefend dat ontwijking van de controles aan de grensdoorlaatposten wordt voorkomen en ontmoedigd.

3. De bewaking tussen de grensdoorlaatposten wordt verricht door grenswachters waarvan het aantal en de methoden op de bestaande of voorziene gevaren en bedreigingen zijn toegesneden. Zij gaat gepaard met veelvuldige, niet te voorziene wijzigingen van de bewakingsroosters, zodat onrechtmatige grensoverschrijding steeds een risico inhoudt te worden ontdekt.

4. De bewaking geschiedt door vaste of mobiele eenheden, die patrouilles verrichten of zich aan onderkende of vermeende zwakke plekken posteren, teneinde tegen illegale grensoverschrijding op te treden. De bewaking kan eveneens met technische, inclusief elektronische, middelen geschieden."

6. Artikel 12, lid 5, zoals gewijzigd bij artikel 1, lid 1, van verordening nr. 296/2008 [4], luidt:

„5. Er kunnen aanvullende maatregelen inzake de bewaking worden vastgesteld. Deze maatregelen, die niet-essentiële onderdelen van deze verordening beogen te wijzigen door haar aan te vullen, worden vastgesteld volgens de in artikel 33, lid 2, bedoelde regelgevingsprocedure met toetsing." [5]

7. Artikel 33, lid 2, van de SGC, eveneens gewijzigd bij verordening nr. 296/2008, bepaalt:

„Wanneer naar dit lid wordt verwezen, zijn artikel 5 bis, leden 1 tot en met 4, en artikel 7 van besluit 1999/468/EG [tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (hierna: ‚comitologiebesluit') [6]] van toepassing, met inachtneming van artikel 8 van dat besluit."

4 — Verordening (EG) nr. 296/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2008 tot wijziging van verordening (EG) nr. 562/2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode), wat de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden betreft (PB L 97, blz. 60).

5 — Punt 4 van de considerans van verordening nr. 296/2008 luidt: „De Commissie moet de bevoegdheid worden gegeven om bepaalde praktische maatregelen van grensbewaking vast te stellen en om bepaalde bijlagen te wijzigen. Daar het maatregelen van algemene strekking betreft tot wijziging van niet-essentiële onderdelen van verordening (EG) nr. 562/2006, onder meer door haar aan te vullen met nieuwe niet-essentiële onderdelen, moeten zij worden vastgesteld volgens de in artikel 5 bis van besluit 1999/468/EG bepaalde regelgevingsprocedure met toetsing."

6 — Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 (PB L 184, blz. 23), vastgesteld op basis van artikel 202, derde streepje, EG. Het besluit is ingetrokken bij verordening (EU) nr. 182/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 tot vaststelling van de algemene voorschriften en beginselen die van toepassing zijn op de wijze waarop de lidstaten de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden door de Commissie controleren (PB L 55, blz. 13), vastgesteld krachtens artikel 291, lid 3, VWEU. Artikel 12 van die verordening bepaalt dat de gevolgen van artikel 5 bis van besluit 1999/468 gehandhaafd blijven voor de toepassing van bestaande basishandelingen waarin naar dat artikel wordt verwezen.

8. Artikel 5 bis van het comitologiebesluit, ingevoegd door besluit 2006/512[7], geeft regels voor een nieuwe wijze van uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden, „regelgevingsprocedure met toetsing" genaamd. Die procedure wordt gevolgd voor maatregelen van algemene strekking die tot doel hebben niet-essentiële onderdelen van een volgens de procedure van artikel 251 EG aangenomen besluit te wijzigen, ook wanneer de wijziging inhoudt dat sommige van deze niet-essentiële onderdelen worden geschrapt of dat het besluit wordt aangevuld met nieuwe niet-essentiële onderdelen (punt 3 van de considerans van besluit 2006/512 en artikel 2, lid 2, van het comitologiebesluit).

9. Het bestreden besluit is vastgesteld op basis van artikel 12, lid 5, van de SGC, volgens de procedure van artikel 5 bis, lid 4, van het comitologiebesluit, dat van toepassing is wanneer de door de Commissie geplande maatregelen niet in overeenstemming zijn met het advies van het comité dat uit hoofde van lid 1 van dat artikel is opgericht of wanneer geen advies is uitgebracht.[8] Volgens deze procedure dient de Commissie bij de Raad een voorstel betreffende de te nemen maatregelen in dat zij tegelijkertijd aan het Europees Parlement toezendt (artikel 5 bis, lid 4, sub a). Indien de Raad overweegt de voorgestelde maatregelen aan te nemen, legt hij deze voor aan het Europees Parlement (artikel 5 bis, lid 4, sub d), dat, „met de meerderheid van zijn leden binnen vier maanden vanaf de toezending van het voorstel overeenkomstig punt a bezwaar [kan] maken tegen de aanneming van de maatregelen in kwestie, en daarbij als argument naar voren [kan] brengen dat de voorgestelde maatregelen de uitvoeringsbevoegdheden waarin het basisbesluit voorziet, overschrijden, of niet verenigbaar zijn met het doel of de inhoud van het basisbesluit of niet stroken met het subsidiariteits- of het evenredigheidsbeginsel" (artikel 5 bis, lid 4, sub e). Indien het Parlement bezwaar maakt, worden de maatregelen niet vastgesteld (artikel 5 bis, lid 4, sub f). Als dat niet het geval is, worden de maatregelen door de Raad vastgesteld (artikel 5 bis, lid 4, sub g).

10. Uit de punten 2 en 11 van de considerans van het bestreden besluit blijkt dat dit tot doel heeft aanvullende voorschriften vast te stellen voor de zeegrensbewaking door grenswachters die door het Europees Agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (hierna: „agentschap" of „Frontex") wordt gecoördineerd. Dit agentschap is opgericht bij verordening nr. 2007/2004 (hierna: „Frontex-verordening").[9] Het bestreden besluit bestaat uit twee artikelen en een bijlage in twee delen, met als opschrift respectievelijk „Voorschriften voor door het agentschap gecoördineerde zeegrensoperaties" en „Richtsnoeren voor opsporings-, reddings- en ontschepingssituaties bij door het agentschap gecoördineerde zeegrensoperaties". Krachtens artikel 1 gelden „[v]oor de bewaking van de maritieme buitengrenzen in het kader van de operationele samenwerking tussen lidstaten die wordt gecoördineerd door het [...] agentschap [...] de voorschriften van deel I van de bijlage. Deze voorschriften en de niet-bindende richtsnoeren van deel II van de bijlage vormen een onderdeel van het operationele plan dat voor elke door het agentschap gecoördineerde operatie wordt opgesteld".

11. Deel I, punt 1, van de bijlage bevat enkele algemene beginselen die onder meer bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat bij maritiemtoezichtsoperaties de grondrechten en het beginsel van non-refoulement in acht worden genomen. Punt 2 bevat gedetailleerde bepalingen voor onderschepping en noemt de maatregelen die kunnen worden genomen tijdens bewakingsoperaties „tegen schepen of andere zeevaartuigen ten aanzien waarvan er redelijke gronden bestaan om aan te nemen dat zij personen vervoeren die de controles aan de grensdoorlaatposten willen omzeilen" (punt 2.4). Onder welke voorwaarden deze maatregelen kunnen worden genomen, hangt ervan af of het vaartuig wordt onderschept in de territoriale wateren en aansluitende zone van een lidstaat

7 — Besluit 2006/512/EG van de Raad van 17 juli 2006 (PB L 200, blz. 11).

8 — In casu blijkt uit punt 18 van de considerans van het bestreden besluit dat het Comité Schengengrenscode, dat op 19 oktober 2009 is geraadpleegd, geen advies heeft uitgebracht. In zijn beroepschrift stelt het Parlement dat slechts acht lidstaten met in totaal 67 stemmen binnen het comité voor de maatregelen hadden gestemd die door de Commissie waren voorgesteld, en het minimumaantal van 223 stemmen dat vereist is voor een advies, dus niet was bereikt.

9 — Verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad van 26 oktober 2004 tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (PB L 349, blz. 1). Deze verordening zal bij mijn onderzoek van de grieven van het Parlement nog nader aan de orde komen.

(punt 2.5.1) of op volle zee (punt 2.5.2). Deel II, punt 1, van de bijlage bevat bepalingen voor de eenheden die deelnemen aan de bewakingsoperatie in opsporings- en reddingssituaties, met inbegrip van meldingen en het verstrekken van informatie aan het reddingscoördinatiecentrum dat bevoegd is voor het gebied en aan het coördinatiecentrum van de operatie, en stelt enkele voorwaarden voor een noodsituatie (punt 1.4). In punt 2 worden richtsnoeren voor de ontscheping van onderschepte of geredde personen gegeven.

II – Procesverloop en conclusies van partijen

12. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 12 juli 2010, heeft het Parlement het onderhavige beroep ingesteld. De Commissie is in de zaak tussengekomen aan de zijde van de Raad. De gemachtigden van de drie instellingen zijn ter terechtzitting van 25 januari 2012 gehoord.

13. Het Parlement verzoekt het Hof het bestreden besluit nietig te verklaren, te beslissen dat de gevolgen van het besluit gehandhaafd blijven totdat het vervangen is en de Raad in de kosten te verwijzen.

14. De Raad verzoekt het Hof het beroep niet-ontvankelijk te verklaren of, subsidiair, het ongegrond te verklaren, en het Parlement in de kosten te verwijzen.

15. De Commissie verzoekt het Hof het beroep te verwerpen en het Parlement in de kosten te verwijzen.

III – Het beroep

A – *Ontvankelijkheid*

16. De Raad voert primair aan dat het beroep niet-ontvankelijk is. Hij stelt dat het recht van het Parlement om het bestreden besluit voor het Hof aan te vechten is vervallen doordat het zijn vetorecht als bedoeld in artikel 5 bis, lid 4, sub e, van het comitologiebesluit, niet heeft uitgeoefend. Hoewel het bestreden besluit geen handeling van het Parlement was, kan het in zekere zin ook aan die instelling worden toegerekend, want het is mede dankzij zijn onthouding vastgesteld. Het Parlement heeft dus geen procesbelang bij dit beroep, dat gebaseerd is op dezelfde gronden – overschrijding van de uitvoeringsbevoegdheden – als waarop het zich in de regelgevingsprocedure met toetsing tegen de vaststelling van het bestreden besluit had kunnen verzetten.

17. De exceptie moet mijns inziens worden verworpen.

18. Zoals het Parlement ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, is zijn volle beroepsrecht, net als dat van de Raad en de Commissie, een kernelement van de constitutionele structuur van de Unie en een van de fasen in het democratiseringsproces van haar institutionele opbouw.

19. Het Hof heeft duidelijk vastgesteld dat de zogenoemde bevoorrechte partijen geen procesbelang hoeven aan te tonen om beroep te kunnen instellen [10] en dat het beroepsrecht evenmin afhankelijk is gesteld van het standpunt dat de betrokken lidstaat [11] of de instelling [12] bij de procedure tot vaststelling van de bestreden handeling heeft ingenomen.

10 — Arresten van 26 maart 1987, Commissie/Raad (45/86, Jurispr. blz. 1493), en 1 oktober 2009, Commissie/Raad (C-370/07, Jurispr. blz. I-8917, punt 16).

11 — Arrest van 12 juli 1979, Italië/Raad (166/78, Jurispr. blz. 2575).

12 — Arrest van 21 januari 2003, Commissie/Parlement en Raad (C-378/00, Jurispr. blz. I-937).

20. In het kader van de regelgevingsprocedure met toetsing is het Parlement niet gehouden zich tegen het vaststellen van de handeling te verzetten, ook niet als het van oordeel is dat er gronden zijn om het vetorecht uit te oefenen vanwege onrechtmatigheid van de handeling. Zijn standpunt kan derhalve ook door politieke overwegingen worden bepaald, zoals in het geval van het bestreden besluit het geval lijkt te zijn [13], zonder dat het daardoor zijn recht verliest om te verzoeken en te bewerkstelligen dat de handeling, na vaststelling ervan, nietig wordt verklaard. De toetsing van de rechtmatigheid van een handeling door middel van de uitoefening van een vetorecht tijdens de vaststellingsprocedure mag dan ook, juist vanwege de politieke overwegingen die een rol kunnen spelen, niet worden opgevat als een vervanging van de rechterlijke toetsing.

21. De Raad geeft aan dat het Parlement zijn bevoegdheid om in rechte op te treden tegen de betrokken handeling behoudt, maar niet op de gronden waarop het zich tegen de vaststelling ervan had kunnen verzetten. In concreto zou een dergelijke beperking het Parlement verplichten de handeling aan te vechten op grond van middelen ontleend aan de uitvoeringsmaatregelen waartoe zij aanleiding heeft geboden, zonder dat deze tijdens een wetgevingsprocedure in een gewone politieke behandeling aan de orde zijn geweest.

22. Tot slot merk ik ten overvloede op dat voor de uitoefening van het vetorecht in de regelgevingsprocedure met toetsing een grotere meerderheid vereist is [14] dan de normale meerderheid voor de besluiten van het Parlement [15] en dat de voorzitter van het Parlement ook zonder stemming van de parlementaire vergadering kan beslissen, overeenkomstig de aanbeveling van de bevoegde commissie namens het Parlement beroep bij het Hof van Justitie in te stellen. [16] Het Parlement het recht ontzeggen beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen een handeling die in het kader van de regelgevingsprocedure met toetsing is vastgesteld, ongeacht het standpunt dat het tijdens de procedure heeft ingenomen, betekent dus onder meer dat de parlementaire minderheid een beschermingsmiddel wordt ontnomen.

23. Gelet op het voorgaande moet het beroep mijns inziens ontvankelijk worden verklaard.

B – *Ten gronde*

24. Het Parlement is van oordeel dat het bestreden besluit de door artikel 12, lid 5, SGC verleende uitvoeringsbevoegdheden overschrijdt en derhalve de werkingssfeer van zijn rechtsgrondslag te buiten gaat. In het kader daarvan voert het drie grieven aan. In de eerste plaats zijn bij het bestreden besluit nieuwe essentiële onderdelen in de SGC gevoegd. In de tweede plaats worden daarbij essentiële onderdelen van de SGC gewijzigd. In de derde plaats doorkruist het besluit het stelsel van de Frontex-verordening. Deze grieven zal ik hierna afzonderlijk onderzoeken.

25. Alvorens een begin te maken met dat onderzoek zal ik de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof over de omvang en de grenzen van de bevoegdheden ter uitvoering van gemeenschapshandelingen kort doornemen, voor zover zij in deze casus van belang is.

13 — Volgens het Parlement was een aanzienlijk aantal leden die voor het bestreden besluit hebben gestemd, van mening dat het buiten de door de SGC verleende uitvoeringsbevoegdheden viel, maar dat de Unie hoe dan ook beter kon beschikken over een rechtsinstrument, hoe onvolmaakt ook, om het hoofd te kunnen bieden aan de stijgende immigratie over zee die voor de zomer van 2010 werd verwacht.

14 — Meerderheid van de leden van het Parlement, krachtens artikel 5 bis, lid 4, sub e, van het comitologiebesluit.

15 — Meerderheid van de uitgebrachte stemmen, overeenkomstig artikel 231 VWEU.

16 — Zie artikel 128, lid 3, van het interne reglement van het Parlement. Dat lid bepaalt verder: „Aan het begin van de eerstvolgende vergaderperiode kan de Voorzitter het besluit over handhaving van het beroep aan het Parlement voorleggen. Spreekt het Parlement zich met een meerderheid van de uitgebrachte stemmen tegen het beroep uit, dan trekt hij het beroep in.”

1. De rechtspraak over de omvang en de grenzen van de bevoegdheden ter uitvoering van gemeenschapshandelingen

26. De omvang en de grenzen van de uitvoeringsbevoegdheden van de Commissie zijn door het Hof omschreven in rechtspraak die in de jaren zeventig met het arrest Köster is ingeluid.[17] In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest was het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over onder meer de rechtmatigheid van de procedure voor het comité van beheer, die was ingevoerd bij een landbouwverordening. Daarbij heeft het duidelijk gemaakt dat de wetgever, op grond van het onderscheid in het Verdrag tussen handelingen die rechtstreeks op het Verdrag zelf berusten en uitvoeringsmaatregelen, gerechtigd is „de hoofdzaken van de te regelen materie" in de eerste categorie neer te leggen en dat de „voorschriften ter uitvoering" van basishandelingen bedoeld voor de „toepassing der beginselen" in de basishandeling aan de tweede categorie kunnen worden gelaten.[18] In het arrest Rey Soda voegde het Hof daaraan toe dat het begrip „uitvoering" ruim moet worden uitgelegd.[19] Die conclusie volgt volgens het Hof zowel uit de strekking van het destijds geldende artikel 155 EG (thans artikel 211 EG) en uit het stelsel van het Verdrag als uit de „eisen van de praktijk". Volgens het Hof kan de Raad in bepaalde sectoren, zoals het gemeenschappelijk landbouwbeleid, genoopt zijn de Commissie „een ruime beoordelings- en handelingsbevoegdheid" te laten. In de gevallen waarin de Raad een ruime bevoegdheid aan de Commissie heeft verleend, moeten de grenzen van haar bevoegdheden volgens het Hof worden bepaald aan de hand van de algemene hoofddoelen van de basishandeling en niet allereerst van de letterlijke betekenis van de bevoegdverklaring.[20] In het arrest Zuckerfabrik Franken[21] legde het Hof de grenzen van een delegatie van volgens de beheerscomitéprocedure uit te oefenen bevoegdheden, die was vervat in een verordening houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten, aldus uit dat de Commissie ingevolge die delegatie bevoegd was „om alle maatregelen te treffen die nodig[22] of doelmatig zijn voor de uitvoering van de basisverordening, voor zover zij niet in strijd zijn met de basisverordening of de toepassingsvoorschriften van de Raad". In andere uitspraken heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de Commissie gehouden is te handelen binnen de grenzen die kunnen worden afgeleid uit het systeem als geheel en de doelstellingen van de basishandeling[23], en uit de bepalingen ervan.[24]

27. Op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid heeft het Hof de Commissie, te beginnen met het reeds aangehaalde arrest Rey Soda, ruime uitvoeringsbevoegdheden gelaten, omdat zij door de bijzondere rol die zij in die sector speelt, als enige in staat is „de ontwikkeling van de markten voortdurend en oplettend te volgen en de spoedmaatregelen te nemen die de situatie

17 — Arrest van 17 december 1970, Köster (25/70, Jurispr. blz. 1161).

18 — Punten 6 en 7.

19 — Arrest van 30 oktober 1975, Rey Soda e.a. (23/75, Jurispr. blz. 1279, punt 10).

20 — Zie ook arrest van 11 maart 1987, Vandemoortele/EEG (27/85, Jurispr. blz. 1129, punt 14).

21 — Arrest van 15 mei 1984 (121/83, Jurispr. blz. 2039).

22 — Zie in deze zin het arrest van 26 juni 1980, Pardini (808/79, Jurispr. blz. 2103, punt 16).

23 — Zie met name arrest van 14 november 1989, Spanje en Frankrijk/Commissie (6/88 en 7/88, Jurispr. blz. 3639), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de maatregelen die de Commissie had vastgesteld niet binnen de werkingssfeer van de basisverordening vielen; en arresten van 24 februari 1988, Frankrijk/Commissie (264/86, Jurispr. blz. 973), en 19 september 1985, Griekenland/Commissie (192/83, Jurispr. blz. 2791), waarin het Hof de door de verzoekende lidstaten betwiste uitvoeringsmaatregelen in de visserijsector en de sector van het gemeenschappelijk landbouwbeleid nietig heeft verklaard, in het eerste geval omdat daarin een berekeningswijze voor de compenserende vergoeding aan de ondernemers van de bedrijfstak werd ingevoerd die in de uitputtende regeling van de basisverordening niet voorkwam, en in het tweede geval vanwege strijd met het beginsel van gelijke behandeling van de communautaire producenten dat in het Verdrag is neergelegd. Zie ook arresten van 16 juni 1987, Romkes (46/86, Jurispr. blz. 2671); 2 februari 1988, Verenigd Koninkrijk/Commissie (61/86, Jurispr. blz. 431), en 27 september 1979, Eridania (230/78, Jurispr. blz. 2749).

24 — Zie onder meer arresten van 13 juli 1995, Parlement/Commissie (C-156/93, Jurispr. blz. I-2019, punt 24), en 18 juni 1996, Parlement/Raad (C-303/94, Jurispr. blz. I-2943, punt 23).

vereist”.[25] Buiten die sector of aanverwante sectoren is de rechtspraak echter restrictiever. In het arrest Vreugdenhil[26], over het gemeenschappelijk douanetarief, heeft het Hof geoordeeld dat „zulk een ruime opvatting van de bevoegdheden der Commissie alleen geldt binnen het kader van de regelingen der landbouwmarkten”.[27]

28. In het arrest Duitsland/Commissie[28] is het Hof nader ingegaan op het begrip „belangrijkste elementen” van een regeling[29], die door de wetgever moeten worden vastgesteld. De zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest betrof een rechtstreeks beroep waarin de rechtmatigheid van een stelsel van sancties voor een regeling voor gemeenschapssteun werd betwist. De Commissie had dit stelsel ingevoerd krachtens delegatie door de Raad. Duitsland stelde dat de sancties gezien moesten worden als wezenlijke bestanddelen van de regeling van de betrokken sector, aangezien zij de grondrechten van het individu raakten. Daarnaast stelde het dat de betwiste maatregelen er niet op gericht waren uitvoering te geven aan de basisregeling, maar die aan te vullen. Het Hof antwoordde dat de kwalificatie „van wezenlijk belang” moet „worden voorbehouden voor de bepalingen die de fundamentele doelstellingen van de communautaire politiek beogen te verwezenlijken” en dat, in casu, sancties die bedoeld waren om te zorgen voor een goed financieel beheer van de middelen die ter verwezenlijking van die keuzen zijn uitgetrokken, daar niet onder gebracht kunnen worden. In een arrest van enkele jaren later kwalificeerde het Hof een bepaling in een verordening van de Raad over het TACIS-programma op grond waarvan een drempel gewijzigd kon worden zonder het Parlement te raadplegen als „niet essentieel”, aangezien deze de „algemene systematiek” van de betrokken verordening niet raakte.[30] Meer recentelijk heeft het Hof gegrond verklaard het beroep van het Parlement tegen een besluit van de Commissie waarbij, in het kader van de financiële en technische hulp en economische samenwerking met de ontwikkelingslanden in Azië, een project voor de beveiliging van de grenzen van de Filipijnen werd goedgekeurd. In dat arrest oordeelde het Hof dat de doelstelling van het bestreden besluit, namelijk de bestrijding van terrorisme en internationale misdaad, niet onder de „doelstellingen” van de verordening viel waaraan het besluit uitvoering gaf, noch daarmee „rechtstreeks verband” hield.[31]

29. Uit de rechtspraak die ik hierboven heb weergegeven, komt naar voren dat de uitvoeringsbevoegdheden in de eerste plaats moeten worden afgebakend aan de hand van de kenmerken van de betrokken beleidsmaatregel en de meer of minder grote handelingsvrijheid die de Commissie heeft bij de uitvoering ervan. De grenzen moeten daarnaast worden gevonden op basis van de strekking van de delegatiebepaling, de inhoud en de doelstellingen van de basishandeling en het algehele stelsel ervan. Net als bij de vaststelling of de elementen van de basishandeling die bij de uitvoeringshandeling zijn ingevoegd of gewijzigd, essentieel zijn[32], kan bij de afbakening van deze grenzen niet worden volstaan met het mechanisch omzetten van formules uit de rechtspraak, maar moeten die grenzen voortvloeien uit een beoordeling waarbij alle bovengenoemde elementen zijn meegewogen.

25 — Arrest Rey Soda, aangehaald in voetnoot 19, punt 11.

26 — Arrest van 29 juni 1989, Vreugdenhil e.a. (22/88, Jurispr. blz. 2049).

27 — Punt 17. Zie ook arrest van 18 juni 2002, Nederland/Commissie (C-314/99, Jurispr. blz. I-5521).

28 — Arrest van 27 oktober 1992, Duitsland/Commissie (C-240/90, Jurispr. blz. I-5383).

29 — Zie ook arrest van 6 mei 2008, Parlement/Raad (C-133/06, Jurispr. blz. I-3189, punt 45).

30 — Arrest van 10 mei 1995, Parlement/Raad (C-417/93, Jurispr. blz. I-1185, punten 30-33).

31 — Zie arrest van 23 oktober 2007, Parlement/Commissie (C-403/05, Jurispr. blz. I-9045, met name de punten 55 en 66-68).

32 — Overigens lijken partijen in het onderhavige geding het erover eens te zijn dat het arrest van het Hof van invloed zal zijn op de uitlegging van het begrip „niet-essentiële onderdelen van de wetgevingshandeling” in artikel 290 VWEU, dat ratione temporis niet van toepassing is op dit geding. In bovengenoemde rechtspraak, aan de hand waarvan het beroep moet worden onderzocht, speelt het verschil tussen „gedelegeerde handelingen” en „uitvoeringshandelingen”, dat door het VWEU is ingevoerd, dan ook niet. De precieze omschrijving van de inhoud en de strekking van die begrippen, maar ook de juiste verhouding tussen de bepalingen van artikel 290 en 291, lid 2, VWEU, zullen het Hof voor nieuwe uitleggingsproblemen stellen die niet kunnen worden opgelost door de hierboven onderzochte rechtspraak zonder meer om te zetten. Dat blijkt al uit artikel 290, lid 1, tweede alinea, op basis waarvan de wetgever nu gehouden is uitdrukkelijk de doelstellingen, de inhoud, de strekking en de duur van de bevoegdheidsdelegatie af te bakenen, en derhalve de essentiële onderdelen van de basishandeling te omschrijven. De uitleggingsvrijheid van het Hof wordt daardoor aanmerkelijk ingeperkt, met als gevolg een correctere rolverdeling tussen wetgevende en rechterlijke macht. Deze vraagstukken zijn echter niet relevant in de onderhavige casus.

2. Toepassing van de beginselen uit bovenvermelde rechtspraak op de onderhavige casus

30. De elementen die ik in het voorgaande punt heb genoemd, zal ik hierna in de context van het onderhavige beroep onderzoeken.

a) Overwegingen in verband met het rechtsgebied waarbinnen de basishandeling en het bestreden besluit vallen

31. Bij het vaststellen van controlemiddelen voor de buitengrenzen en tegen clandestiene immigratie staat de Uniewetgever voor gevoelige keuzen, die ernstige repercussies kunnen hebben voor de individuele vrijheden, en de mensenrechten, de internationale verplichtingen van de lidstaten en de betrekkingen van de lidstaten en de Unie met derde landen kunnen raken. Dat geldt niet alleen voor de essentiële richtsnoeren van de beheerspolitiek voor de grenzen, maar ook voor de maatregelen waarmee uitvoering wordt gegeven aan die richtsnoeren. Aldus wordt gerechtvaardigd dat de uitoefening van uitvoeringsbevoegdheden op dat terrein strikter is afgebakend dan in grotendeels technische sectoren, en de armslag van de Commissie dus minder ruim is. [33]

32. Op die gronden meen ik dat de verwijzing van de Raad naar de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof en naar de omvang van de uitvoeringsbevoegdheden die daarbij aan de Commissie worden verleend, in casu met de grootste omzichtigheid moet worden behandeld.

b) Voorwerp en omvang van de uitvoeringsbevoegdheden in artikel 12, lid 5, SGC

33. In dit verband is het nuttig erop te wijzen dat de Italiaanse versie van artikel 12, lid 5, SGC, de mogelijkheid noemt om „aanvullende bewakingsmaatregelen" te nemen, terwijl de bewoordingen van andere taalversies meer bepaald spreken van „aanvullende maatregelen die de uitoefening van de bewaking regelen". [34]

34. Ongeacht de letterlijke strekking van de bepaling in kwestie lijkt het *voorwerp* van de daarin opgenomen delegatie dan ook betrekking te hebben op de praktische uitvoeringsregels voor de bewaking. Daarvoor pleiten zowel de considerans van de Schengengrenscode [35] als die van verordening nr. 296/2008 [36] – waarbij artikel 12, lid 5, van de SGC is gewijzigd zodat de regelgevingsprocedure met toetsing wordt genoemd – en de ontstaansgeschiedenis van de SGC. [37] Op dit punt lijken het Parlement en de Raad het in wezen eens te zijn.

33 — Het verloop van het wetgevingsprocedure van de Schengengrenscode bevestigt dat. In het voorstel voor een verordening heeft de Commissie onderscheid gemaakt tussen „basiscontrolebeginselen" van de buitengrenzen en „praktische uitvoeringsvoorschriften voor deze controles", inclusief de specifieke controlevoorschriften voor de verschillende soorten grenzen (land-, lucht- en zeegrenzen), en op basis daarvan voorgesteld dat de bestaande regels, die werden gekwalificeerd als „praktische uitvoeringsvoorschriften" en als bijlage aan de SGC waren gehecht, in de toekomst kunnen worden gewijzigd door middel van een comitéprocedure (zie COM(2004) 391 def.). Dat voorstel is bij de vaststelling van de SGC grotendeels verworpen. De SGC bepaalt nu dat slechts enkele bijlagen door middel van de regelgevingsprocedure met toetsing kunnen worden gewijzigd; daaronder zijn niet de bijlagen VI en VII, die respectievelijk „Specifieke voorschriften voor de verschillende soorten grenzen en de verschillende vervoermiddelen die voor de overschrijding van de buitengrenzen van de lidstaten worden gebruikt" en „Bijzondere regels voor bepaalde categorieën personen" bevatten, naast bijlage V, met „Procedures voor weigering van toegang aan de grens".

34 — Zie bijvoorbeeld de Engelse versie „additional measures governing surveillance", de Franse „mesures supplémentaires applicables à la surveillance", de Duitse „zusätzlichen Überwachungsmodalitäten", de Spaanse „medidas adicionales relativas a la vigilancia", de Roemeense „măsuri suplimentare care reglementează supravegherea", en de Portugese „medidas adicionais relativas à vigilância".

35 — Punt 17 van de considerans.

36 — Punt 4 van de considerans.

37 — Zie met name het voorstel voor een verordening van de Commissie, aangehaald in voetnoot 33.

35. Zij verschillen echter van mening over de mogelijkheid de voorschriften in het bestreden besluit als eenvoudige „praktische regels" op te vatten en ook over, meer in het algemeen, de handelingsvrijheid van de Commissie, dat wil zeggen de *omvang* van de delegatie. Het Parlement meent in wezen dat artikel 12, lid 5, enkel de bevoegdheid verleent om in wezen technische voorschriften vast te stellen; de Raad merkt daarentegen op dat de wetgever ervoor gekozen heeft de inhoud en de aard van de vast te stellen voorschriften niet nader te bepalen, en de Commissie zodoende ruime uitvoeringsbevoegdheden heeft verleend.

36. Mij dunkt dat het Parlement de omvang van de delegatie in kwestie al te restrictief opvat. Zoals de Raad terecht benadrukt, wijzen zowel de algemene bewoordingen als de keuze voor een comitéprocedure waarmee voorschriften kunnen worden vastgesteld die de basishandeling wijzigen – zij het in combinatie met een indringendere toetsing van de uitoefening van de uitvoeringsbevoegdheden – erop dat de wetgever de Commissie een zekere handelingsvrijheid heeft willen verlenen.

c) Doelstellingen en algemene systematiek van de basisregeling

37. De Raad merkt op dat de controles aan de grenzen in het stelsel van de SGC het essentiële onderdeel van het beleid voor de controle van de buitengrenzen vormen en de wetgever daarom in het kader van de in artikel 251 EG bedoelde procedure beslist heeft ze uitputtend te regelen en heeft bepaald dat sommige voorschriften ervan enkel konden worden aangepast of gewijzigd door middel van de regelgevingsprocedure met toetsing. Op het terrein van de grensbewaking daarentegen heeft de wetgever enkel de doelstellingen en de basisvoorschriften neergelegd en de Commissie een ruime handelingsvrijheid bij het vaststellen van aanvullende maatregelen gelaten.

38. Diverse elementen brengen mij ertoe het standpunt van de Raad niet te onderschrijven.

39. In de eerste plaats blijkt met name uit het voorstel voor een verordening van de Commissie dat de opzet van de Schengengrenscode voor een groot deel is bepaald door het gegeven dat daarin voorschriften zijn opgenomen die al waren vastgesteld in het kader van andere rechtsinstrumenten, met name de Overeenkomst van Schengen[38] en het Gemeenschappelijk Handboek inzake de buitengrenzen.[39] In deze documenten was al een gedetailleerde regeling voor de controles aan de grenzen neergelegd en waren enkele toepassingsvoorschriften geregeld. Die gehele regeling is deels in het dispositief van de SGC en deels in de bijlagen terechtgekomen.

40. In de tweede plaats wordt de stelling dat de bewaking in de systematiek van de SGC in zekere zin een bijkomstige of secundaire rol speelt ten opzichte van de controles aan de grenzen, niet bevestigd in de considerans van de SGC. Met name in punt 8 van de considerans wordt overwogen, nadat duidelijk is gemaakt dat grenstoezicht de personencontrole aan de grensdoorlaatposten en de grensbewaking tussen deze grensdoorlaatposten omvat, dat „[z]owel voor de controle aan de grensdoorlaatposten als voor de grensbewaking [...] voorwaarden, criteria en procedures [moeten] worden vastgesteld". In punt 17 van de considerans, dat betrekking heeft op de toekenning van uitvoeringsbevoegdheden aan de Commissie, wordt geen enkel onderscheid gemaakt tussen controles en bewaking, maar meer in algemene zin gesproken van de wenselijkheid van „een procedure die de Commissie in staat stelt bepaalde gedetailleerde praktische regels voor het grenstoezicht aan te passen".

38 — Overeenkomst ter uitvoering van het te Schengen gesloten akkoord van 14 juni 1985 tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek, betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, ondertekend te Schengen op 19 juni 1990. De integrale tekst van deze overeenkomst is gepubliceerd in PB L 239 van 22 september 2000, blz. 19.

39 — Het besluit van het Uitvoerend Comité van Schengen waarbij dit handboek is vastgesteld, is gepubliceerd in PB L 239 van 22 september 2000, blz. 317.

41. Tot slot blijkt uit de handelingen die aan de vaststelling van de SGC voorafgaan en deze voorbereiden, en daarnaast, meer in het algemeen, uit diverse andere beleidsinstrumenten over het grenstoezicht (in de eerste plaats de Frontex-verordening, waarover hierna meer), dat bewaking een van de essentiële onderdelen van dat beleid is.[40] Artikel 77, lid 1, sub b, VWEU bepaalt dat de Unie „een beleid [ontwikkelt] dat tot doel heeft te zorgen voor personencontrole en efficiënte bewaking bij het overschrijden van de buitengrenzen", waarbij beide aspecten van dat beleid hetzelfde gewicht krijgen.

42. In het licht daarvan moet mijns inziens ook worden verworpen het argument – dat ter terechtzitting met overtuiging is verdedigd door de gemachtigde van de Raad – dat het de Commissie, in het licht van de algemene systematiek van de SGC en de handelingsvrijheid waarover zij beschikt, is toegestaan in de uitoefening van haar uitvoeringsbevoegdheden alle maatregelen vast te stellen die zij wenselijk en nuttig acht om de doelstellingen te verwezenlijken die de SGC met de grensbewaking op het oog heeft en niet in strijd zijn met bepalingen ervan.

43. Een dergelijk argument berust op de veronderstelling dat de maatregelen voor de bewaking die krachtens artikel 12, lid 5, van de SGC, dienen te worden vastgesteld, welhaast per definitie niet zien op essentiële onderdelen van de basisregeling, die immers zijn voorbehouden aan de wetgever, omdat zij bedoeld zijn om bepaalde gedetailleerde praktische regels voor de bewaking te regelen.

44. Om de redenen die ik in punt 38 deels al heb uiteengezet, onderschrijf ik deze veronderstelling niet. Ik volsta ermee toe te voegen dat de praktische uitvoering van de doelstelling om onrechtmatig overschrijden van de grenzen te voorkomen in concreto keuzen kan meebrengen die het immigratiebeleid van een bepaalde rechtsorde in de kern raken. Ik denk bijvoorbeeld aan de bevoegdheden die aan de grenswachters zijn verleend, aan het verlof geweld te gebruiken, het al dan niet in aanmerking nemen van de individuele omstandigheden van de personen die proberen of ervan verdacht worden te proberen illegaal de grens te overschrijden, de maatregelen die na aanhouding tegen hen kunnen worden genomen, de wijze van hun verwijdering en, meer in het algemeen, de noodzaak om ervoor te zorgen dat het geheel van de maatregelen tegen clandestiene immigratie in overeenstemming is met de mensenrechten.[41]

45. Anders dan de Raad ben ik dus niet van mening dat de grenzen van de in artikel 12, lid 5, van de SGC bedoelde uitvoeringsbevoegdheden louter op grond van de algemene doelstellingen van de bewaking die in die bepaling zijn neergelegd, kunnen worden gevonden.

46. In het licht van alle voorgaande overwegingen zal ik nu de grieven van het Parlement onderzoeken.

3. Eerste grief: het bestreden besluit introduceert nieuwe essentiële onderdelen in de SGC

a) Argumenten van partijen

47. In de eerste plaats voert het Parlement aan dat krachtens punt 2.4 van deel I van de bijlage bij het bestreden besluit op het vlak van onderschepping maatregelen kunnen worden genomen die verder gaan dan hetgeen in artikel 12 SGC bij wijze van bewaking is toegestaan en de grenswachters op dat punt bijzonder ruime bevoegdheden worden verleend die een ruime discretionaire marge inhouden. Bij wijze van voorbeeld noemt het Parlement de mogelijkheid van „inbeslagname van het schip en aanhouding van personen aan boord" of „het schip of personen aan boord naar een derde land

40 — Zie onder meer de mededeling van de Commissie „Naar een geïntegreerd beheer van de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie", opgenomen in het „Plan voor het beheer van de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie", dat op 13 juni 2002 door de Raad is goedgekeurd en door de Europese Raad van Sevilla van 21 en 22 juni 2002 en de Europese Raad van Thessaloniki van 19 en 20 juni 2003 met instemming is begroet.

41 — Zie arrest van de Grote kamer van het EHRM van 23 februari 2012, req. n. 27765/09, Hirsi e.a./Italië.

brengen of het schip of personen aan boord op een andere wijze aan de autoriteiten van een derde land overdragen" (punt 2.4, sub d en f). Volgens het Parlement staat artikel 12, lid 5, van de SGC enkel toe maatregelen te nemen van technische of praktische aard, zoals inzonderheid blijkt uit punt 17 van de considerans van de SGC en uit de considerans van verordening nr. 296/2008.

48. In repliek licht het Parlement toe dat de regels voor onderschepping in het bestreden besluit buiten de materiële en geografische werkingssfeer van het begrip „grensbewaking" zoals gedefinieerd in artikel 2, punt 11, van de SGC, vallen. Onder verwijzing naar de definitie van het begrip „zeebuitengrens" in besluit 574/2007 [42] merkt het Parlement op dat op grond van de SGC geen bewakingsmaatregelen mogen worden vastgesteld die bestemd zijn om op volle zee te worden toegepast.

49. In de tweede plaats voert het Parlement aan dat ook de bepalingen van deel II van de bijlage, over opsporings- en reddingssituaties, buiten het kader van de bewaking zoals gedefinieerd in artikel 12 van de SGC vallen. Bovendien scheppen deze bepalingen nieuwe verplichtingen of nieuwe regels van Unierecht, die niet als „niet-essentiële onderdelen" in de zin van artikel 2, lid 2, van het comitologiebesluit kunnen worden gedefinieerd. In dat verband noemt het Parlement de verplichting voor de deelnemende eenheden om bijstand te „verlenen [...] aan alle schepen of personen die in nood zijn op zee" (punt 1.1) en de regel dat voorrang moet worden gegeven aan ontscheping in het derde land dat het schip dat de betrokkenen vervoert, heeft verlaten (punt 2.1, tweede alinea). Het Parlement onderstreept bovendien dat de in deel II van de bijlage opgenomen richtsnoeren, anders dan het opschrift suggereert, niet als niet-bindend kunnen worden beschouwd, want krachtens artikel 1, tweede volzin, van het bestreden besluit, vormen deze richtsnoeren „een onderdeel van het operationele plan dat voor elke door het agentschap gecoördineerde operatie wordt opgesteld".

50. De Raad antwoordt dat in punt 2.4 van deel I van de bijlage bij het bestreden besluit de maatregelen worden genoemd die tijdens bewakingsoperaties kunnen worden genomen of die in elk geval in overeenstemming zijn met internationale verdragen. Dergelijke maatregelen zijn niet in strijd met de doelstellingen van de bewaking die in artikel 12 SGC zijn neergelegd. De stelling van het Parlement in repliek dat de regels voor onderschepping buiten de materiële en geografische werkingssfeer van het begrip bewaking vallen, is volgens de Raad om te beginnen niet-ontvankelijk, want te laat verwoord. Deze bezwaren zijn bovendien ongegrond. In de eerste plaats is de definitie van het begrip „zeebuitengrens" in besluit 574/2007, waarnaar het Parlement verwijst, niet van toepassing in de context van de SGC. In de tweede plaats moet de bewaking van de zeegrenzen bij gebreke van een uitdrukkelijke definitie zich ook uitstrekken tot operaties op volle zee, want enkel een dergelijke uitlegging – overigens verenigbaar met de toepasselijke bepalingen van internationaal recht, met name het Protocol van Palermo [43] – garandeert het nuttig effect van artikel 12 SGC. Voor het overige heeft het Parlement onvoldoende gronden aangevoerd om aan te nemen dat bewakingsactiviteiten op volle zee niet onder de materiële werkingssfeer van het begrip bewaking als bedoeld in artikel 12 SGC vallen.

51. Wat betreft de richtsnoeren in deel II van de bijlage, onderstreept de Raad vooral dat zij niet bindend zijn, hetgeen duidelijk blijkt uit de tekst ervan en uit het bestreden besluit als geheel. Over de omvang ervan merkt hij op dat de verplichtingen van de lidstaten op het gebied van opsporing en redding in internationale verdragen zijn geregeld. De richtsnoeren in kwestie zorgen ervoor dat de bepalingen van deze verdragen samenhangend worden geïnterpreteerd; deze verdragen zijn van toepassing wanneer tijdens een door het agentschap gecoördineerde bewakingsoperatie bijstand moet

42 — Beschikking nr. 574/2007/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 mei 2007 tot instelling van het Buitengrenzenfonds voor de periode 2007-2013 als onderdeel van het algemene programma „Solidariteit en beheer van de migratiestromen" (PB L 144, blz. 22).

43 — Protocol tegen de smokkel van migranten over land, over zee en door de lucht, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad, ondertekend tijdens de Conferentie van Palermo van 12-15 december 2000.

worden verleend aan een vaartuig dat in moeilijkheden verkeert, een activiteit waarvan de Raad erkent dat zij niet kan worden gekwalificeerd als bewaking in enge zin. Niettemin zijn de lidstaten vrij deze uitlegging niet te volgen en andere maatregelen op te nemen in het operationele plan dat zij met het agentschap overeenkomen.

52. De Commissie is van mening dat de bevoegdheid een handeling door middel van nieuwe niet-essentiële onderdelen aan te vullen, impliceert dat aanvullende verplichtingen mogen worden vastgelegd en nieuwe activiteiten mogen worden geregeld, voor zover deze activiteiten noodzakelijk of nuttig zijn voor de uitvoering van de basishandeling en daarmee niet in strijd.

53. Volgens de Commissie is het bestreden besluit noodzakelijk, of ten minste nuttig, om het overschrijden van de grens zonder toestemming tegen te gaan, een doelstelling die in de artikelen 2, punt 11, en 12 van de SGC wordt genoemd. Dat is de doelstelling van de bepalingen van het bestreden besluit over patrouilles op volle zee. De Commissie onderstreept bovendien dat in geen enkele bepaling van de SGC wordt uitgesloten dat deze code van toepassing is op bewakingsoperaties in internationale wateren. Overigens bevestigt bijlage VI bij de SGC, die grenscontroles in de haven van een derde staat of tijdens een vaart toestaat, dat de geografische werkingssfeer van de SGC zich ook uitstrekt tot buiten het grondgebied van de lidstaten, mits het gaat om activiteiten die onder de materiële werkingssfeer van deze handeling vallen, bijvoorbeeld onder het begrip bewaking. In dat verband meent de Commissie dat het Parlement het begrip bewaking te restrictief uitlegt. Volgens de Commissie valt onderschepping onder het begrip bewaking wanneer het gaat om vaartuigen die ervan worden verdacht dat zij van plan zijn het grondgebied van de Unie binnen te komen door de grenscontrole te omzeilen. De bewaking blijft dus niet beperkt tot een louter passieve activiteit, zoals onder meer naar voren komt in artikel 12, lid 4, van de SGC, waarin de bevoegdheid wordt verleend „tegen illegale grensoverschrijding op te treden”. In dezelfde zin meent de Commissie dat opsporings- en reddingsactiviteiten tijdens bewakingsoperaties onder het begrip bewaking vallen. In dat verband merkt zij op dat opsporings- en reddingsoperaties vaak door de bewakingsoperatie zelf worden veroorzaakt, wanneer het vaartuig na de onderschepping tot zinken wordt gebracht.

b) Analyse

54. Om te beginnen moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid die de Raad heeft opgeworpen tegen de stelling in de memorie van repliek dat de regels voor onderschepping buiten de materiële en geografische werkingssfeer van het begrip bewaking vallen, worden verworpen. Anders dan de Raad betoogt, gaat het namelijk om een argument dat de middelen die al in het inleidend verzoekschrift waren uiteengezet, nader uitwerkt en ontwikkelt, en niet om een nieuw middel dat te laat is ingeroepen. Overigens kunnen de middelen ontleend aan onbevoegdheid, als middelen van openbare orde, ambtshalve worden onderzocht.[44]

55. Ten gronde moet worden onderzocht of de Raad, zoals het Parlement stelt, met het bestreden besluit de in artikel 12, lid 5, van de SGC genoemde uitvoeringsbevoegdheden heeft overschreden door essentiële onderdelen van de basisregeling te regelen. Het Parlement stelt ten eerste dat het bestreden besluit maatregelen mogelijk maakt die niet binnen de materiële werkingssfeer van het begrip bewaking in de zin van de SGC vallen.

44 — Zie onder meer arrest van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 56).

56. „Grensbewaking" is in artikel 2, punt 11, van de SGC gedefinieerd als „de bewaking van de grenzen buiten de grensdoorlaatposten en de bewaking van de grensdoorlaatposten buiten de vastgestelde openingstijden om te voorkomen dat personen zich aan de grenscontroles onttrekken". Artikel 12, lid 1, van de SGC bepaalt dat „[d]e bewaking aan de buitengrenzen [...] vooral [is] bedoeld om onrechtmatige grensoverschrijding te voorkomen, grensoverschrijdende criminaliteit te bestrijden en de toepassing of het nemen van maatregelen tegen illegaal binnengekomen personen mogelijk te maken".

57. Zoals de Raad en de Commissie terecht onderstrepen, wordt bewaking in de SGC in wezen aan de hand van de doelstellingen ervan gedefinieerd. Op basis van die definitie tekent zich een bijzonder ruim begrip af, dat alle maatregelen kan omvatten die ertoe dienen te vermijden en te voorkomen dat personen zich aan de grenscontroles onttrekken. Om efficiënt te zijn, zoals voorgeschreven door artikel 77, lid 1, sub b, VWEU, moeten de bewakingsmaatregelen anderzijds aangepast zijn aan het type grens waarom het gaat en aan het concrete risico van clandestiene immigratie, dat van allerlei factoren afhangt (geografie, economie, geopolitiek, klimaat). Daaruit volgt dat het begrip bewaking dynamisch en flexibel moet worden uitgelegd en dat een breed en variabel spectrum aan maatregelen noodzakelijk kan zijn om de doelstellingen van artikel 12, lid 1, van de SGC te verwezenlijken.

58. Het Parlement stelt ook dat bewaking in de SGC in wezen passieve bewaking is. Deze stelling wordt echter niet bevestigd door de bewoordingen van artikel 12 van de SGC, die onder de doelstellingen van bewaking ook het treffen van maatregelen tegen personen die illegaal het grondgebied van de Unie zijn binnengekomen schaart en dus interventies toestaat die verder gaan dan louter toezicht houden bij de grenzen.[45] Dat geldt ook voor de preventieve of afschrikkende maatregelen, waarvoor geen andere beperking lijkt te bestaan dan een concreet risico van onttrekking aan grenstoezicht.

59. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat het grootste deel van de onderscheppingsmaatregelen in punt 2.4 van deel I van de bijlage bij het bestreden besluit onder het begrip bewaking zoals hierboven afgebakend valt. Ik betwijfel echter of de maatregelen sub d en f van dat punt daaronder kunnen worden gebracht; deze verlenen de grenswachters de bevoegdheid om, respectievelijk, het schip in beslag te nemen en personen aan boord aan te houden, en het schip of personen aan boord naar een derde land te brengen of het schip of personen aan boord op een andere wijze aan de autoriteiten van een derde land over te dragen. Datzelfde geldt voor de bepalingen op het gebied van opsporing, redding en ontscheping in deel II van de bijlage bij het bestreden besluit, hoewel deze maatregelen en bepalingen bedoeld zijn om bewakingsoperaties tot een goed einde te brengen of het hoofd te bieden aan situaties die zich tijdens deze operaties voordoen.[46]

60. Het is echter niet nodig daarover een definitief standpunt in te nemen. Zoals volgt uit de bovenstaande overwegingen kan – ook ingeval wordt aangenomen dat het bestreden besluit praktische voorschriften vastlegt voor de uitoefening van de bewaking binnen de grenzen van dat begrip in de zin van de SGC – daarom nog niet worden uitgesloten dat het besluit essentiële onderdelen van de basisregeling regelt, zoals het Parlement stelt.

61. Gegeven de sector waarop de betrokken regeling ziet en de doelstellingen en de algemene systematiek van de SGC, waarin bewaking een fundamenteel onderdeel van het grenstoezichtbeleid vormt, en ondanks de handelingsvrijheid die de Commissie krachtens artikel 12, lid 5, is gelaten, ben ik van mening dat ingrijpende maatregelen als die in punt 2.4 van deel I van de bijlage bij het

45 — Bijvoorbeeld aanhouden van personen, vaststellen van de identiteit, terugbrengen naar de grensdoorlaatpost enzovoort. Zie in die zin het Schengenhandboek, aangehaald in voetnoot 39.

46 — Overigens wil het feit dat deze maatregelen en bepalingen niet zijn opgenomen in het begrip bewaking in de zin van de SGC, anders dan de Raad ter terechtzitting betoogde, niet zeggen dat zij niet kunnen worden geregeld in het recht van de Unie. Niets belet de wetgever immers het begrip grensbewaking ruimer op te vatten dan in de SGC, eventueel door gebruik te maken van de doelstelling van een „efficiënte" bewaking in artikel 77, lid 1, sub b, VWEU. Bovendien biedt artikel 79, leden 1 en 2, sub c, een verdere rechtsgrondslag voor maatregelen om de migratiestromen efficiënt te beheren.

bestreden besluit, met name die sub b, d, f en g, evenals de bepalingen over ontscheping in deel II van die bijlage, essentiële onderdelen van de bewaking van de zeebuitengrenzen regelen. Deze maatregelen kunnen invloed hebben op de individuele vrijheden van personen en hun grondrechten aantasten (bijvoorbeeld onderzoeken, aanhouding, beslag op het schip enzovoort), op de mogelijkheden van deze personen om in de Unie de bescherming in te roepen en te verkrijgen waarop zij uit hoofde van het internationaal recht eventueel recht hebben (dat is het geval voor de regels voor ontscheping, bij gebreke van nauwkeurige aanwijzingen over de wijze waarop de autoriteiten rekening moeten houden met de individuele situatie van de personen aan boord van het onderschepte vaartuig)[47], en op de betrekkingen van de Unie of de lidstaten die deelnemen aan de bewakingsoperatie met de derde staten die bij de operatie betrokken zijn.

62. Voor de bepalingen van het bestreden besluit die bedoeld zijn om de onderschepping van vaartuigen op volle zee te regelen, gaat mijns inziens een soortgelijke redenering op. Enerzijds staan dergelijke bepalingen uitdrukkelijk toe dat de in het vorige punt genoemde maatregelen in internationale wateren worden getroffen, een optie die in de hierboven beschreven context essentieel van aard is. Dat hangt niet af van de gegrondheid van de stelling van het Parlement dat de geografische werkingssfeer van de SGC, wat de zeegrenzen betreft, beperkt is tot de buitengrens van de territoriale wateren van de lidstaten of van de aansluitende zone en zich niet uitstrekt tot de volle zee.[48] Anderzijds roepen deze bepalingen – die bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat de relevante internationale regelgeving voor bewakingsoperaties van de zeegrenzen eenvormig wordt toegepast[49] – voor de lidstaten die aan de operaties deelnemen weliswaar geen andere verplichtingen of voorrechten in het leven dan uit de regelgeving kan worden afgeleid, zoals de Raad en de Commissie met overtuiging betogen, maar de lidstaten zijn niettemin gebonden aan een bepaalde uitlegging van deze verplichtingen en voorrechten, waardoor hun internationale verantwoordelijkheid in het geding kan komen.[50]

63. Twee andere argumenten pleiten voor de conclusie waartoe ik hierboven ben gekomen.

64. In de eerste plaats raken enkele bepalingen van het bestreden besluit problemen die niet alleen gevoelig liggen, maar ook bijzonder controversieel zijn, bijvoorbeeld de toepasselijkheid van het beginsel van non-refoulement in internationale wateren[51] of de vaststelling van de plaats waarnaar de geredde personen moeten worden geleid op basis van het stelsel dat door het SAR-Verdrag is geïntroduceerd.[52] Zoals blijkt uit het voorstel voor een besluit van de Commissie zijn de lidstaten het op deze punten niet eens.[53]

47 — Zij het dat het verloop van de bewakingsoperaties dankzij het bestreden besluit meer in overeenstemming is met de mensenrechten en het stelsel voor de bescherming van vluchtelingen.

48 — Op volle zee geldt het beginsel van de vrijheid van scheepvaart en de uitsluitende rechtsmacht van de lidstaat waarvan het vaartuig de vlag voert. Zoals de Commissie zelf in een onderzoek van 2007 over de instrumenten van internationaal recht tegen de clandestiene immigratie over zee onderstreept, volgt daaruit dat een staat, afgezien van het recht het schip te naderen om de identiteit en de nationaliteit na te gaan, in beginsel geen bevoegdheden van openbaar gezag (zoals onderzoek, aan boord gaan, doorzoeking, met inbegrip van onderzoek van documenten, naar een haven brengen, arrestatie of aanhouding) kan uitoefenen op een schip dat op volle zee onder de vlag van een andere staat vaart, zelfs niet als dat schip illegale immigranten vervoert naar de kust van die staat, zolang het schip de aansluitende zone niet is binnengevaren [SEC(2007) 691, punt 4.3.1.2].

49 — Zie de considerans van het bestreden besluit en het voorstel voor een besluit van de Commissie, COM(2009) 658 def.

50 — Desondanks overweegt punt 6 van de considerans van het bestreden besluit dat de uitvoering van dit besluit geen afbreuk doet aan de verplichtingen van de lidstaten die voortvloeien uit het relevante internationale recht.

51 — Zie hierover het arrest Hirsi van het EHRM en de persoonlijke mening van rechter Pinto de Albuquerque, die tot hetzelfde oordeel komt.

52 — Internationaal Verdrag inzake opsporing en redding op zee, ondertekend te Hamburg op 27 april 1979.

53 — Overigens lijkt het erop dat de belangrijkste reden waarom de Commissie voor de comitéprocedure van artikel 12, lid 5, SGC, heeft gekozen in plaats van voor de gewone wetgevingsprocedure is gelegen in de uiteenlopende standpunten en de impasse die daardoor zou worden veroorzaakt, zoals ook blijkt uit de brief van commissaris Malmström die aan de memorie van repliek is gehecht. Deze meningsverschillen duren nog steeds voort. Als gevolg van de tegenstand van Malta zijn de bepalingen van het bestreden besluit over opsporing en redding bijvoorbeeld niet toegepast in de Frontex-operaties die na de inwerkingtreding van het bestreden besluit zijn gehouden.

65. In de tweede plaats blijkt uit een vergelijking met de regeling van de grenscontroles in de SGC dat de definitie van de praktische uitvoeringsvoorschriften voor deze controles (voor zover zij, mutatis mutandis, vergelijkbaar zijn met de voorschriften in het bestreden besluit) aan de wetgever is voorbehouden, hoewel de Commissie in het voorstel voor een richtlijn een andere mening was toegedaan. [54]

66. In het licht van het bovenstaande meen ik dat het bestreden besluit essentiële onderdelen van de basisregeling in de zin van de in de punten 26 tot en met 29 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak regelt.

67. Derhalve moet de eerste grief van het Parlement mijns inziens slagen.

4. Tweede grief: bij het bestreden besluit worden essentiële onderdelen van de Schengengrenscode gewijzigd

68. Met zijn tweede grief voert het Parlement aan dat bij het bestreden besluit een essentieel onderdeel van de Schengengrenscode wordt gewijzigd, namelijk het in artikel 13 neergelegde beginsel dat „[d]e toegang [...] alleen [kan] worden geweigerd in een met redenen omklede beslissing waarin de precieze weigeringsgronden worden genoemd". Het besluit bepaalt namelijk dat grenswachters het onderschepte schip kunnen bevelen zijn koers te wijzigen met het oog op het niet binnenvaren van de territoriale wateren en het schip of personen aan boord naar een derde land brengen (punt 2.4, sub e en f, van deel I van de bijlage).

69. De stelling van het Parlement berust op de premisse dat het genoemde artikel 13 ook van toepassing is op de bewaking van de grenzen. Zowel de Raad als de Commissie verzet zich tegen een dergelijke uitlegging. Zij zijn van mening dat een met redenen omklede beslissing krachtens deze bepaling enkel verplicht is ingeval de toegang tot het grondgebied van de Unie wordt geweigerd aan een persoon die zich regelmatig aan een grensdoorlaatpost meldt en zich aan de in de SGC voorgeschreven controles onderwerpt.

70. De grief van het Parlement kan mijns inziens worden verworpen zonder in te gaan op de gevoelige vraag van de werkingssfeer van artikel 13 van de SGC, waarover het Hof in de toekomst waarschijnlijk om een uitspraak zal worden gevraagd.

71. Zoals de Raad opmerkt wordt die bepaling in het bestreden besluit weliswaar niet uitdrukkelijk genoemd, maar niets wijst erop dat de toepassing ervan in het kader van de daarin geregelde bewakingsoperaties kan worden uitgesloten. Een dergelijke toepassing kan misschien tot praktische moeilijkheden leiden, maar is niet onmogelijk, ook niet in de door het Parlement genoemde situaties. Overigens zijn de maatregelen van punt 2.4 krachtens punt 1.2 van deel I van de bijlage van het bestreden besluit vastgesteld met inachtneming van het internationale beginsel van non-refoulement, ook indien het gaat om onderschepping op volle zee. Uit hoofde van de uitvoeringsvoorschriften van dergelijke maatregelen moeten de grenswachters dus de noodzakelijke controles kunnen doen om te garanderen dat dat beginsel niet wordt geschonden. [55]

72. Het argument dat het Parlement in zijn memorie van repliek heeft aangevoerd, namelijk dat het bestreden besluit de materiële en geografische werkingssfeer van artikel 13 ten minste heeft verruimd, zodat het van toepassing is op situaties die voorheen niet door de SGC werden bestreken, komt overeen met de argumenten ter staving van de eerste grief. Daarvoor verwijs ik dus naar mijn overwegingen in het onderzoek van de eerste grief.

54 — Zie hierboven, voetnoot 33.

55 — Zie hiervoor het arrest Hirsi van het EHRM, aangehaald in voetnoot 41, punten 201 e.v.

73. Gelet op het bovenstaande ben ik derhalve van mening dat de tweede grief van het Parlement ongegrond moet worden verklaard.

5. Derde grief: bij het bestreden besluit is de Frontex-verordening gewijzigd

a) Argumenten van partijen

74. In het kader van zijn derde grief stelt het Parlement dat het bestreden besluit de grenzen van de werkingssfeer van artikel 12, lid 5, overschrijdt, daar dit de Commissie of de Raad niet de bevoegdheid verleent regels te stellen die van toepassing zijn voor de operaties die worden gecoördineerd door het agentschap, waarvan taken en werking in de Frontex-verordening zijn neergelegd. Het bestreden besluit heeft echter als enig doel bovengenoemde operaties te regelen en schept zodoende niet alleen voor de lidstaten, maar ook voor het agentschap zelf verplichtingen. Het Parlement noemt als voorbeeld dat de regels in deel I van de bijlage en de niet-bindende richtsnoeren in deel II krachtens artikel 1 van het bestreden besluit „een onderdeel [vormen] van het operationele plan dat voor elke door het agentschap gecoördineerde operatie wordt opgesteld". Die bepaling wijzigt artikel 8 sexies, lid 1, van de Frontex-verordening, op grond waarvan „[d]e uitvoerend directeur [van het agentschap] en de verzoekende lidstaat [...] tot overeenstemming [komen] over een operationeel plan waarin de precieze voorwaarden voor het inzetten van de teams worden opgenomen".[56] Bovendien legt zij de verplichting op, in het operationele plan regels op te nemen voor de ontscheping van onderschepte of geredde personen en wijzigt zij de rol van de grenswachters die aan de operatie deelnemen aanmerkelijk. In haar memorie van repliek voegt het Parlement toe dat het bestreden besluit de territoriale werkingssfeer van de Frontex-verordening als gedefinieerd in artikel 1 bis, lid 1, verruimt.

75. De Raad en de Commissie betogen allereerst dat bewakingsoperaties krachtens artikel 16, lid 1, van de SGC moeten worden gehouden door de lidstaten, die nauw met elkaar samenwerken, en dat die samenwerking, zoals lid 2 aangeeft, door Frontex wordt gecoördineerd. Een verband met de Frontex-verordening is dus onontkoombaar. Zij sluiten echter uit dat deze verordening door het bestreden besluit gewijzigd wordt. Dat de regels uit het bestreden besluit in het operationele plan zijn opgenomen, wil niet zeggen dat de verordening daardoor gewijzigd is, want deze regels – die de praktische voorschriften voor de bewaking behelzen – kunnen gemakkelijk onder de in artikel 8 sexies, lid 1, sub c of d, van de Frontex-verordening genoemde onderdelen van het plan worden gebracht.[57] De Commissie voegt toe dat het bestreden besluit enkel gericht is tot de lidstaten, en het aan hen is ervoor te zorgen dat de bijlage van het besluit in het operationele plan wordt opgenomen wanneer zij met het agentschap een dergelijk plan opstellen. Het bestreden besluit heeft derhalve geen enkele impact op de werking van het agentschap; integendeel, de omvang van de verplichting die krachtens het bestreden besluit op de lidstaten rust wordt eerder door de Frontex-verordening bepaald. Tot slot voert de Raad aan dat het bestreden besluit, zelfs als wordt aangenomen dat het de bepalingen van de artikelen 8 sexies en 8 octies wijzigt door nieuwe niet-essentiële onderdelen toe te voegen, daarom nog niet onrechtmatig is. Als rechtsinstrumenten voor de uitvoering van het beleid voor het beheer van de buitengrenzen als bedoeld in artikel 77 VWEU vullen de Schengengrenscode en de Frontex-verordening elkaar namelijk aan.

56 — Na latere wijzigingen van de Frontex-verordening is artikel 8 sexies nu enkel van toepassing op snelle interventies.

57 — In artikel 8 sexies, lid 1, sub c en d, is aangegeven welke onderdelen in het operationele plan moeten worden opgenomen, namelijk respectievelijk „het geografische verantwoordelijkheidsgebied in de verzoekende lidstaat waar de teams zullen worden ingezet" en de „beschrijving van taken en speciale instructies voor de leden van de teams".

b) Analyse

76. Het argument dat de Raad subsidiair aanvoert, namelijk dat het bestreden besluit ook niet onrechtmatig is als de Frontex-verordening erdoor wordt gewijzigd, moet om te beginnen worden verworpen. Zoals het Parlement terecht stelt, kan de Commissie (of de Raad) in de uitoefening van haar (of zijn) uitvoeringsbevoegdheden niet een andere wetgevingshandeling dan de basishandeling wijzigen op de enkele grond dat de twee rechtsinstrumenten verschillende aspecten van eenzelfde kwestie regelen en elkaar in zekere zin aanvullen. Daar is ook de Commissie het mee eens.

77. Zoals het Parlement stelt, moet dus worden onderzocht of het bestreden besluit de Frontex-verordening wijzigt of tot gevolg heeft dat onderdelen ervan worden gewijzigd.

78. Tussen de twee handelingen bestaat zonder twijfel een verband, zoals de Raad en de Commissie terecht opmerken. De Schengengrenscode en de regelingen die ter uitvoering ervan zijn vastgesteld, gelden ook voor bewakingsoperaties die door Frontex worden gehouden, en de rol van het agentschap bij de operationele coördinatie tussen de lidstaten bij het beheer van de buitengrenzen wordt uitdrukkelijk erkend in artikel 16, lid 2, van de SGC.

79. Niettemin geeft noch deze, noch een andere bepaling van de Schengengrenscode regels of toestemming voor het nemen van maatregelen om de operationele samenwerking tussen lidstaten bij het beheer van de buitengrenzen van de Gemeenschap te regelen. En dan kan ook niet, want artikel 66 EG, dat de Raad de bevoegdheid verleende om dergelijke maatregelen te nemen – en waarop de Frontex-verordening is gebaseerd – is niet onder de rechtsgrondslagen van de Schengengrenscode. [58] Bovendien legt de Schengengrenscode de lidstaten de verplichting op om de werking van Frontex niet te doorkruisen. Artikel 16, lid 3, eerste alinea, van de SGC geeft de lidstaten toestemming om hun operationele samenwerking met andere lidstaten en/of derde landen aan de buitengrenzen buiten het kader van Frontex voort te zetten, maar verbindt daaraan de voorwaarde dat deze samenwerking een aanvulling vormt op het optreden van het agentschap en behoudt uitdrukkelijk de bevoegdheden van het agentschap voor. Overigens onthouden de lidstaten zich krachtens de tweede alinea van deze bepaling „van elke activiteit die de werking van het agentschap of het bereiken van zijn doelen in gevaar kan brengen”. [59]

80. Met het oog op het bovenstaande stelt het bestreden besluit zich in de eerste plaats tot doel om, „in het kader van en met het oog op de versterking van de door het agentschap gecoördineerde operationele samenwerking”, „aanvullende voorschriften voor de door het agentschap gecoördineerde zeegrensbewaking door grenswachters” vast te stellen (punten 2 en 11 van de considerans). Artikel 1 ervan bepaalt dat voor deze bewaking „de voorschriften van deel I van de bijlage” gelden, en bepaalt daartoe dat „[d]eze voorschriften en de niet-bindende richtsnoeren van deel II van de bijlage [...] een onderdeel [vormen] van het operationele plan dat voor elke door het agentschap gecoördineerde operatie wordt opgesteld”. [60]

58 — Ook verordening (EG) nr. 863/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot instelling van een mechanisme voor de oprichting van snelle-grensinterventieteams en tot wijziging van verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad wat betreft dat mechanisme en de regeling van de taken en bevoegdheden van uitgezonden functionarissen (PB L 199, blz. 30) heeft artikel 66 EG als rechtsgrondslag. Verordening (EU) nr. 1168/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011, tot wijziging van verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (PB L 304, blz. 1) is gegrond op artikel 74 VWEU, waardoor artikel 66 EG is vervangen, en op artikel 77, lid 2, sub b en d. Met name artikel 77, lid 2, sub d, biedt een bijzondere rechtsgrondslag voor het vaststellen van maatregelen voor „de geleidelijke invoering van een geïntegreerd systeem van beheer van de buitengrenzen”.

59 — In artikel 16, leden 2 en 3, van de SGC is artikel 2, lid 2, van de Frontex-verordening bijna woordelijk overgenomen.

60 — Tot aan de inwerkingtreding van verordening nr. 1168/2011 was een operationeel plan niet voor alle door het agentschap gecoördineerde operaties voorgeschreven, maar enkel voor snelle interventies. De regeling daarvoor is bij de aangehaalde verordening nr. 863/2007 ingevoegd.

81. Inderdaad schept het bestreden besluit enkel voor de lidstaten verplichtingen en niet voor het agentschap, zoals met name de Commissie opmerkt, en voor zover het operationele plan tussen het agentschap en de verzoekende lidstaat moet worden overeengekomen, kan het in concreto voorkomen dat de bepalingen van het bestreden besluit daarin niet worden opgenomen. [61]

82. Dat neemt echter niet weg dat artikel 1 van het bestreden besluit de handelingsvrijheid van de verzoekende lidstaat aanmerkelijk inperkt, en dus ook die van het agentschap, daar het de werking ervan vergaand kan doorkruisen. Een voorbeeld daarvan is de geschiedenis van de Frontex-interventie die was aangevraagd door Malta in maart 2011 in het kader van de Libische crisis. Het verzoek van Malta om onder meer de richtsnoeren in het tweede deel van de bijlage van het bestreden besluit niet op te nemen in het operationele plan, stuitte bij verschillende lidstaten op weerstand en bracht langdurige onderhandelingen mee tussen het agentschap en de Maltese regering, waardoor de operatie niet van start kon gaan. [62]

83. De bijlage van het bestreden besluit, met inbegrip van de niet-bindende richtsnoeren – waarvan de bindende kracht, gelet op artikel 1, moeilijk kan worden betwist [63] – wordt opgevat als een onderdeel van de communautaire maatregelen voor het beheer van de buitengrenzen. Overeenkomstig artikel 1, lid 2, van de Frontex-verordening is het agentschap gehouden de toepassing daarvan te vergemakkelijken en effectiever te maken. [64]

84. Overigens regelen de niet-bindende richtsnoeren in deel II van de bijlage van het bestreden besluit, over opsporing en redding, aspecten van de operatie die niet tot de taken van Frontex behoren. Zoals de Commissie zelf onderstreept in haar voorstel op grond waarvan het bestreden besluit is vastgesteld, is Frontex geen SAR-agentschap [65] en vallen de meeste door Frontex gecoördineerde operaties op zee in de praktijk niet langer binnen de werkingssfeer van de coördinatie van Frontex, doordat zij opsporings- en reddingsoperaties worden. [66] Eenzelfde redenering gaat op voor de regels voor de ontscheping. Desondanks bepaalt het bestreden besluit dat deze richtsnoeren in het operationele plan worden opgenomen.

85. Gelet op deze overwegingen ben ik van mening dat het bestreden besluit, door regels te geven voor aspecten van de operationele samenwerking tussen lidstaten bij het beheer van de buitengrenzen van de Unie die binnen de werkingssfeer van de Frontex-verordening vallen en, hoe dan ook, regels neer te leggen die de werking doorkruisen van het agentschap dat bij deze verordening is opgericht, de grenzen van de in artikel 12, lid 5, van de SGC verleende uitvoeringsbevoegdheden overschrijdt.

86. Alvorens te concluderen, is het evenwel zinnig erop te wijzen dat het rechtskader waarop bovenstaande overwegingen betrekking hebben, bij verordening nr. 1168/2011 [67] is gewijzigd. Bij die verordening is onder meer een uitdrukkelijke verwijzing naar de Schengengrenscode in artikel 1, lid 2, gevoegd, is aan artikel 2, lid 1 – waarin de taken van het agentschap worden omschreven – een punt d bis toegevoegd, waarin is bepaald dat het agentschap de lidstaten bijstaat in omstandigheden waarin „soms sprake is van humanitaire noodsituaties en reddingsacties op zee", en is sub j van het nieuwe artikel 3 bis en van artikel 8 sexies bepaald welke onderdelen bij operaties op zee in het operationele plan moeten worden opgenomen, waaronder „verwijzingen naar het internationale recht en het recht van de Unie inzake onderschepping, reddingsacties op zee en ontscheping".

61 — Voor de operatie Hermes, die Frontex op 20 februari 2011 in het centrale deel van het Middellandse Zeegebied heeft gestart, zijn naar het schijnt bijzondere regels overeengekomen.

62 — Een en ander kan worden nagelezen op de website http://migrantsatsea.wordpress.com/2011/04/03/maltese-conditions-for-hosting-frontex-mission-not-accepted-by-frontex/.

63 — In deze zaak heeft de Commissie zelf erkend dat de richtsnoeren bindend zijn.

64 — Zie in die zin de brief van commissaris Malmström aan de Maltese minister van Binnenlandse Zaken van 1 april 2011 in het kader van het hierboven genoemde verzoek om bijstand van Malta.

65 — De oprichting daarvan is geregeld in het SAR-Verdrag, aangehaald in voetnoot 52.

66 — COM(2009) 658 def.

67 — Aangehaald in voetnoot 58.

87. Al aangenomen dat een dergelijke wijziging in de regelgeving in het onderhavige geding in aanmerking moet worden genomen, doet dat niet af aan bovenstaande conclusie. Ook na de inwerkingtreding van verordening nr. 1168/2011 zullen de maatregelen die bedoeld zijn om de praktische voorschriften voor de door Frontex gecoördineerde maritieme operaties vast te leggen, namelijk in concreto geregeld blijven door verwijzing naar een uitvoeringshandeling voor een ander rechtsinstrument, dat zelf gebaseerd is op een rechtsgrondslag die op zichzelf de vaststelling van dergelijke maatregelen niet mogelijk zou hebben gemaakt. Door dergelijke bepalingen vast te stellen heeft het bestreden besluit de grenzen overschreden van de uitvoeringsbevoegdheden die door artikel 12, lid 5, van de SGC zijn verleend.

88. Ik ben dan ook van mening dat ook de derde grief van het Parlement moet slagen.

C – *Conclusie*

89. Gelet op het bovenstaande moet het beroep mijns inziens gegrond worden verklaard en moet het bestreden besluit nietig worden verklaard.

IV – Het verzoek van het Parlement, de gevolgen van het bestreden besluit te handhaven

90. Het Parlement verzoekt het Hof om, indien het bestreden besluit nietig wordt verklaard, de gevolgen ervan te handhaven totdat een nieuwe handeling is vastgesteld, krachtens de bevoegdheid die het Hof in artikel 264, tweede alinea, VWEU is verleend. Deze bepaling, op grond waarvan het Hof bepaalt, „zo het dit nodig oordeelt, welke gevolgen van de vernietigde handeling als definitief moeten worden beschouwd", is ook ingezet om tijdelijk alle gevolgen te handhaven van een handeling waarvan de vervanging werd verwacht.[68]

91. In casu zou de Unie, als het bestreden besluit zonder meer nietig zou worden verklaard, een belangrijk rechtsinstrument worden ontnomen om het gezamenlijk optreden van de lidstaten bij het beheer van de bewaking van de maritieme grenzen van de Unie te coördineren en vorm te geven op een manier die meer in overeenstemming is met de mensenrechten en het stelsel voor de bescherming van vluchtelingen.

92. Om de hierboven uiteengezette redenen meen ik dat het verzoek van het Parlement moet worden toegewezen en dat de gevolgen van het bestreden besluit moeten worden gehandhaafd totdat een handeling in werking treedt die volgens de gewone wetgevingsprocedure is vastgesteld.

V – Conclusie

93. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

— de exceptie van de Raad te verwerpen en het beroep ontvankelijk te verklaren;

— het beroep gegrond te verklaren en het bestreden besluit nietig te verklaren;

— te verklaren dat de gevolgen van het bestreden besluit worden gehandhaafd totdat een handeling in werking treedt die volgens de gewone wetgevingsprocedure is vastgesteld;

— de Raad te verwijzen in de kosten en te verklaren dat de Commissie haar eigen kosten draagt.

68 — Zie onder meer arresten van 3 september 2009, Parlement/Raad (C-166/07, Jurispr. blz. I-7135); 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punten 373 e.v.), waarin toepassing is gegeven aan artikel 231, tweede alinea, EG; en 7 juli 1992, Raad/Parlement (C-295/90, Jurispr. blz. I-4193, punten 22 e.v.), met betrekking tot artikel 174, lid 2, van het EEG-Verdrag.