Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 17 april 2012 [1]

Mål C-355/10

Europaparlamentet
mot

Europeiska unionens råd

”Talan om ogiltigförklaring — Beslut 2010/252 — Genomförandebefogenheter — Gränser — Förordning nr 562/2006 — Kodex om Schengengränserna — Gränsövervakning”

1. I förevarande mål har Europaparlamentet begärt att domstolen ska ogiltigförklara rådets beslut 2010/252/EU av den 26 april 2010 om komplettering av kodexen om Schengengränserna [2] vad gäller övervakningen av de yttre sjögränserna inom ramen för det operativa samarbete som samordnas av Europeiska byrån för förvaltningen av det operativa samarbetet vid Europeiska unionens medlemsstaters yttre gränser (nedan kallat det angripna beslutet) [3]. Om talan vinner bifall har parlamentet yrkat att rättsverkningarna av det angripna beslutet ska betraktas som bestående tills beslutet ersätts.

I – Tillämpliga bestämmelser och det angripna beslutet

2. I kodexen om Schengengränserna fastställs bland annat de tillämpliga bestämmelserna för gränskontroll av personer som passerar medlemsstaternas yttre gränser (artikel 1.2). Enligt artikel 3 b i kodexen om Schengengränserna ska denna kodex tillämpas ”utan att det påverkar rättigheterna för flyktingar och personer som ansöker om internationellt skydd, särskilt när det gäller principen om ’non-refoulement’”.

3. Begreppet yttre gränser definieras i artikel 2.2 som ”medlemsstaternas landgränser, inklusive flod- och insjögränser, sjögränser samt flygplatser och flod-, kust- och insjöhamnar, såvida de inte räknas som inre gränser”. Begreppet in- och utresekontroller ska enligt artikel 2.10 förstås som ”kontroller vid gränsövergångsställen för att säkerställa att personer, deras transportmedel och föremål i deras besittning kan tillåtas att resa in i medlemsstaternas territorium eller att lämna det”. Begreppet gränsövervakning definieras i artikel 2.11 som ”övervakning av gränser mellan gränsövergångsställen och övervakning av gränsövergångsställen utanför de fasta tiderna för öppethållande för att hindra personer från att kringgå in- och utresekontrollerna”.

4. Avdelning II i kodexen om Schengengränserna, som har rubriken ”Yttre gränser”, består av fyra kapitel. I kapitel II fastställs bestämmelser för genomförande av de in- och utresekontroller av personer som utförs av gränskontrolltjänstemännen samt bestämmelser om gränsövervakning respektive nekad inresa.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (EUT L 105, s. 1).

3 — EUT L 111, s. 20.

5. Artikel 12 innehåller bestämmelser om gränsövervakning. I punkterna 1–4 i denna artikel definieras syftet med gränsövervakningen, gränskontrolltjänstemännens befogenheter och på vilket sätt denna övervakning ska utföras. Punkterna har följande lydelse:

”1. Det huvudsakliga syftet med gränsövervakningen är att förhindra obehörig gränspassage, att bekämpa gränsöverskridande brottslighet och att vidta åtgärder mot personer som har passerat gränsen på olagligt sätt.

2. Gränskontrolltjänstemännen skall använda stationära eller rörliga enheter för gränsövervakning. Denna övervakning skall utföras på ett sådant sätt att den hindrar och avskräcker personer från att kringgå kontrollerna vid gränsövergångsställena.

3. Övervakningen mellan gränsövergångsställena skall utföras av gränskontrolltjänstemän vilkas antal och metoder skall anpassas till befintliga eller förutsebara risker och hot. Den skall innefatta täta och plötsliga ändringar av övervakningsperioderna, så att det alltid innebär en risk för upptäckt att obehörigt passera gränsen.

4. Övervakningen skall utföras av stationära eller rörliga enheter som patrullerar eller posteras på platser som är kända för att vara eller antas vara känsliga, eftersom syftet med övervakningen är att gripa personer som olagligen passerar gränsen. Övervakningen kan även utföras med tekniska hjälpmedel, inklusive elektroniska hjälpmedel.”

6. I artikel 12.5 i dess lydelse enligt artikel 1.1 i förordning nr 296/2008 [4] stadgas:

”5. Ytterligare åtgärder som styr övervakningen får antas. Dessa åtgärder, som avser att ändra icke väsentliga delar i denna förordning genom att komplettera den, ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande med kontroll som avses i artikel 33.2.” [5]

7. I artikel 33.2 i kodexen om Schengengränserna i dess lydelse enligt förordning nr 296/2008 fastställs:

”När det hänvisas till denna punkt ska artikel 5a.1–5a.4 och artikel 7 i beslut 1999/468/EG [om de förfaranden som ska tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (nedan kallat beslutet om kommittéförfarande) [6]] tillämpas, med beaktande av bestämmelserna i artikel 8 i det beslutet.”

8. I artikel 5a i beslutet om kommittéförfarande, som har införts genom beslut 2006/512 [7], regleras ett nytt slags förfarande för utövande av genomförandebefogenheter, så kallat föreskrivande förfarande med kontroll. Detta förfarande tillämpas för vidtagande av åtgärder med allmän räckvidd, vilka är avsedda att ändra icke väsentliga delar av en grundläggande rättsakt som antagits i enlighet med förfarandet i artikel 251 EG, inbegripet genom strykning av vissa av dessa delar eller komplettering genom tillägg av nya icke väsentliga delar (skäl 3 i beslut 2006/512 och artikel 2.2 i beslutet om kommittéförfarande).

4 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 296/2008 av den 11 mars 2008 om ändring av förordning (EG) nr 562/2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna), vad gäller kommissionens genomförandebefogenheter (EUT L 97, s. 60).

5 — I skäl 4 i förordning nr 296/2008 stadgas: ”Kommissionen bör ges befogenhet att anta vissa praktiska åtgärder för gränsövervakning och att ändra vissa bilagor. Eftersom dessa åtgärder har en allmän räckvidd och avser att ändra icke väsentliga delar av förordning (EG) nr 562/2006, bland annat genom att komplettera den med nya icke väsentliga delar, måste de antas i enlighet med det föreskrivande förfarandet med kontroll i artikel 5a i beslut 1999/468/EG.”

6 — Rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 (EGT L 184, s. 23) antaget på grundval av artikel 202 tredje strecksatsen EG. Beslutet har upphävts av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 182/2011 av den 16 februari 2011 om fastställande av allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter (EUT L 55, s. 13) antagen i enlighet med artikel 291.3 FEUF. I artikel 12 i denna förordning anges att artikel 5a i beslut 1999/468 ska fortsätta att gälla med avseende på befintliga grundläggande akter som hänvisar till den artikeln.

7 — Rådets beslut 2006/512/EG av den 17 juli 2006 (EUT L 200, s. 11).

9. Det angripna beslutet har antagits på grundval av artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna genom att tillämpa det förfarande som föreskrivs enligt artikel 5a.4 i beslutet om kommittéförfarande. Detta förfarande ska tillämpas om de åtgärder som har utformats av kommissionen inte är förenliga med yttrandet från den kommitté som har inrättats på grundval av punkt 1 i samma artikel eller om ifrågavarande kommitté inte har avgett något yttrande.[8] Enligt detta förfarande lägger kommissionen fram ett förslag till åtgärder till rådet samtidigt som den informerar parlamentet (artikel 5a.4 a). Om rådet har för avsikt att anta de föreslagna åtgärderna, ska det lägga fram dem för parlamentet (artikel 5a.4 d) som ”får med en majoritet av sina ledamöter inom fyra månader från det att förslaget har överlämnats i enlighet med led a motsätta sig att de aktuella åtgärderna antas, samtidigt som det motiverar sina invändningar genom att ange att de föreslagna åtgärderna överskrider de genomförandebefogenheter som anges i den grundläggande rättsakten eller att åtgärderna inte är förenliga med syftet med eller innehållet i den grundläggande rättsakten eller att de inte respekterar subsidiaritets- eller proportionalitetsprincipen” (artikel 5a.4 e). Om parlamentet motsätter sig de föreslagna åtgärderna, ska dessa inte antas (artikel 5a.4 f). I annat fall ska åtgärderna antas av rådet (artikel 5a.4 g).

10. Av skälen 2 och 11 i det angripna beslutet framgår det att syftet med detta beslut är att anta ytterligare regler för den övervakning av sjögränserna som genomförs av gränskontrolltjänstemän och samordnas av Europeiska byrån för förvaltningen av det operativa samarbetet vid Europeiska unionens medlemsstaters yttre gränser (nedan kallad byrån eller Frontex) som har inrättats genom förordning nr 2007/2004 (nedan kallad Frontexförordningen).[9] Beslutet omfattar två artiklar samt en bilaga bestående av två delar, varav den första har rubriken ”Regler för de insatser vid sjögränserna som samordnas av byrån” medan den andra har rubriken ”Riktlinjer för söknings- och räddningssituationer och för landsättning inom ramen för de insatser vid sjögränserna som samordnas av byrån”. Enligt artikel 1 ska ”[ö]vervakningen av de yttre sjögränserna inom ramen för det operativa samarbete mellan medlemsstaterna som samordnas av ... byrån ... regleras genom de bestämmelser som fastställs i del I i bilagan. Dessa bestämmelser och de icke bindande riktlinjer som fastställs i del II i bilagan ska ingå i den operativa plan som fastställs för varje insats som samordnas av byrån”.

11. I del I punkt 1 i bilagan fastställs vissa allmänna principer som bland annat syftar till att säkerställa att övervakningsinsatserna till sjöss genomförs i överensstämmelse med de grundläggande rättigheterna och principen om non-refoulement. Punkt 2 innehåller detaljerade bestämmelser om ingripande och listar vilka åtgärder som får vidtas under övervakningens gång ”mot fartyg eller andra sjögående farkoster vilka på rimliga grunder kan misstänkas ha personer ombord som avser att kringgå kontrollerna vid gränsövergångsställena” (punkt 2.4). De villkor som ska gälla för dessa åtgärder varierar beroende på om fartygsingripandet sker på ett territorialvatten eller i angränsande zon tillhörande en medlemsstat (punkt 2.5.1) eller på det öppna havet (punkt 2.5.2). Del II punkt 1 i bilagan innehåller bestämmelser för söknings- och räddningssituationer som vänder sig till de deltagande enheterna i övervakningsinsatsen samt bestämmelser i fråga om sändande av information dels till det samordningscenter för räddningsinsatser som är ansvarigt för det sök- och räddningsområde där situationen uppstått och dels till samordningscentret för insatsen. I samma punkt fastställs även vissa villkor för att en nödsituation ska anses föreligga (punkt 1.4). Punkt 2 innehåller riktlinjer för landsättning av de personer som blir föremål för ingripande eller räddningsinsats.

II – Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

12. Genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 12 juli 2010 har parlamentet väckt förevarande talan. Kommissionen har intervenerat till stöd för rådet. Ombuden för de tre institutionerna har yttrat sig vid förhandlingen den 25 januari 2012.

8 — I förevarande fall framgår det av skäl 18 i det angripna beslutet att kommittén för kodexen om Schengengränserna, som rådfrågades den 19 oktober 2009, inte avgav något yttrande. I talan har parlamentet anfört att endast åtta medlemsstater i kommittén röstade för kommissionens förslag till åtgärder (totalt 67 röster) och att tröskeln (223 röster) för att lämna ett yttrande därmed inte uppnåddes.

9 — Rådets förordning (EG) nr 2007/2004 (EUT L 349, s. 1). Innehållet i denna förordning kommer att behandlas mer ingående i samband med prövningen av parlamentets invändningar.

13. Parlamentet har yrkat att domstolen ska dels ogiltigförklara det angripna beslutet, dels besluta att rättsverkningarna av det angripna beslutet ska betraktas som bestående tills beslutet ersätts, dels förplikta rådet att ersätta rättegångskostnaderna.

14. Rådet har yrkat att domstolen ska avvisa talan, eller i andra hand ogilla den eftersom den saknar grund, samt förplikta parlamentet att ersätta rättegångskostnaderna.

15. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla talan och förplikta parlamentet att ersätta rättegångskostnaderna.

III – Talan

A – *Upptagande till sakprövning*

16. Rådet har i första hand framställt en invändning om rättegångshinder. Det har hävdat att parlamentet genom att avstå från vetorätten enligt artikel 5a.4 e i beslutet om kommittéförfarande har förlorat sin rätt att bestrida det angripna beslutet vid domstolen. Även om det angripna beslutet inte är en rättsakt från parlamentet kan det i viss mån tillskrivas denna institution, eftersom det antogs också tack vare att parlamentet avstod från att yttra sig. Parlamentet har följaktligen inget intresse av att få saken prövad i förevarande talan som vilar på samma grunder – närmare bestämt överskridandet av genomförandebefogenheterna – som parlamentet inom ramen för det föreskrivande förfarandet med kontroll hade kunnat åberopa för att motsätta sig att det angripna beslutet antogs.

17. Invändningen ska enligt min mening avslås.

18. Såsom parlamentet med fog har påpekat vid förhandlingen utgör det faktum att parlamentet tillerkänns samma fullständiga rätt att väcka talan som rådet och kommissionen en hörnsten i unionens konstitutionella struktur och ett steg i processen för demokratisering av unionens institutionella ramar.

19. Domstolen har tydligt slagit fast att så kallade privilegierade parter ska kunna utöva sin rätt att väcka talan utan något villkor att de ska ha ett berättigat intresse av att få saken prövad.[10] Det behöver inte heller tas någon hänsyn till den ståndpunkt som medlemsstaten[11] eller institutionen[12] har intagit i samband med förfarandet för antagande av den angripna rättsakten.

20. Parlamentet har inom ramen för det föreskrivande förfarandet med kontroll inte någon skyldighet att motsätta sig att rättsakten antas. Detta gäller även om parlamentet skulle anse att det föreligger skäl för att beslutet är rättsstridigt varvid parlamentet har möjlighet att utöva sin vetorätt. Parlamentets inställning kan således också bero på bedömningar av politisk karaktär – vilket förefaller vara fallet när det gäller det angripna beslutet[13] – utan att detta medför att parlamentet berövas rätten att begära och utverka att rättsakten ogiltigförklaras efter det att den har antagits. I detta avseende ska det noteras att en prövning av huruvida en rättsakt är lagenlig genom utövande av en vetorätt under förfarandet för antagandet av rättsakten i fråga inte kan ersätta domstolsprövningen just på grund av att bedömningar av politisk karaktär kan avgöra om vetorätten kommer att utnyttjas eller ej.

10 — Dom av den 26 mars 1987 i mål 45/86, kommissionen mot rådet (REG 1987, s. 1493; svensk specialutgåva, volym 9, s. 55), och av den 1 oktober 2009 i mål C-370/07, kommissionen mot rådet (REG 2009, s. I-8917), punkt 16.

11 — Dom av den 12 juli 1979 i mål C-166/78, Italien mot rådet (REG 1979, s. 2575).

12 — Dom av den 21 januari 2003 i mål C-378/00, kommissionen mot parlamentet och rådet (REG 2003, s. I-937).

13 — Parlamentet har förklarat att ett betydande antal av de parlamentsledamöter som röstade för det angripna beslutet ansåg att beslutet i fråga överskred de av kodexen om Schengengränserna tilldelade genomförandebefogenheterna men att det ändå var att föredra att unionen fick tillgång till ett rättsligt instrument – om än ofullständigt – för att möta den ökade invandring sjövägen som förväntades ske sommaren 2010.

21. Enligt rådet har parlamentet visserligen rätt att bestrida rättsakten i fråga men i så fall inte utifrån de grunder på vilka parlamentet hade rätt att motsätta sig att rättsakten antogs. En sådan inskränkning skulle i praktiken förplikta parlamentet att bestrida rättsakten utifrån grunder som har att göra med de genomförandebestämmelser som rättsakten innehåller utan att dessa har varit föremål för en sedvanlig politisk debatt under lagstiftningsarbetet.

22. Slutligen vill jag för fullständighetens skull påpeka att det krävs en majoritet [14] som är större än den som normalt föreskrivs för parlamentets beslut [15] för att parlamentet ska kunna utöva sin vetorätt inom ramen för det föreskrivande förfarandet med kontroll. Vidare kan parlamentets talman på grundval av parlamentets interna arbetsordning väcka talan vid domstolen på parlamentets vägnar i enlighet med en rekommendation från det ansvariga utskottet utan att ta hänsyn till ett beslut som tas i kammaren. [16] Om parlamentet berövas sin rätt att väcka talan om ogiltigförklaring av en rättsakt som har antagits inom ramen för det föreskrivande förfarandet med kontroll – oavsett vilken ståndpunkt parlamentet har intagit i detta förfarande – kommer det bland annat att leda till att minoriteten i parlamentet berövas ett skyddsinstrument.

23. Talan ska enligt min mening på ovannämnda grunder tas upp till sakprövning.

B – *Prövning i sak*

24. Enligt parlamentet överskrider det angripna beslutet de genomförandebefogenheter som har tilldelats enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna och går därmed utöver tillämpningsområdet för sin rättsliga grund. I detta sammanhang har parlamentet framställt tre invändningar. För det första medför det angripna beslutet att nya väsentliga delar införs i kodexen om Schengengränserna. För det andra medför nämnda beslut att väsentliga delar i kodexen om Schengengränserna ändras. För det tredje inverkar det angripna beslutet på det system som har inrättats genom Frontexförordningen. Dessa invändningar kommer att prövas var och en för sig.

25. Innan denna prövning görs krävs en kort genomgång av domstolens rättspraxis avseende räckvidden och gränserna för genomförandebefogenheterna för gemenskapens rättsakter ur de aspekter som har relevans för förevarande fall.

1. Rättspraxis avseende räckvidden och gränserna för genomförandebefogenheterna för gemenskapens rättsakter

26. Domstolen definierade räckvidden och gränserna för kommissionens genomförandebefogenheter i en rättspraxis som inleddes på 1970-talet genom domen i målet Köster. [17] I det målet ombads domstolen att meddela förhandsavgörande om bland annat lagenligheten av det förvaltningskommittéförfarande som hade införts genom en jordbruksförordning. I samband med detta klargjorde domstolen att lagstiftaren – på grundval av den åtskillnad som görs i fördraget och som fördraget har velat ha mellan de rättsakter vilkas rättsliga grund återfinns direkt i fördraget å ena sidan och de åtgärder med vilka dessa rättsakter är avsedda att genomföras å andra sidan – är behörig att fastställa ”de viktigaste grunddragen på det område som skall regleras” genom dessa rättsakter och att vidta åtgärder avsedda för ”genomförandet av principerna” i den grundläggande rättsakten. [18] I domen i målet Rey Soda fastställde domstolen att begreppet genomförande ska tolkas i vid

14 — Majoriteten av parlamentsledamöterna med stöd av artikel 5a.4 e i beslutet om kommittéförfarande.

15 — Majoriteten av de avlagda rösterna enligt artikel 231 FEUF.

16 — Se artikel 128.3. I samma bestämmelse stadgas följande: ”I början av nästföljande sammanträdesperiod kan talmannen begära att kammaren beslutar om huruvida talan bör vidhållas. Om kammaren med en majoritet av de avgivna rösterna fattar ett beslut som går emot talan, ska talmannen dra tillbaka denna.”

17 — Dom av den 17 december 1970 i mål 25/70, Köster, Berodt & Co (REG 1970, s. 1161; svensk specialutgåva, volym 1, s. 515).

18 — Punkterna 6 och 7.

mening.[19] Denna slutsats följer enligt domstolen av såväl ordalydelsen i den då gällande artikeln 155 EG (sedermera artikel 211 EG) och fördragets systematik som ”specifika krav” . Enligt domstolen kan rådet se sig föranlåtet att inom vissa områden som till exempel den gemensamma jordbrukspolitiken ge kommissionen ”ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och stora handlingsbefogenheter”. När rådet på så sätt ger kommissionen vidsträckta befogenheter måste gränserna för dessa befogenheter enligt domstolen bedömas ”mer med hänsyn till [den grundläggande rättsaktens] allmänna huvudsyfte än till bemyndigandets lydelse”.[20] I domen i målet Zuckerfabrik Franken[21] – där domstolen gjorde en tolkning av gränserna för de delegerade befogenheter som utövas genom det förvaltningskommittéförfarande som föreskrivs i en förordning om gemensam organisation av jordbruksmarknader – slog domstolen fast att kommissionen på grundval av den omnämnda delegerade befogenheten har rätt att ”vidta alla åtgärder som är nödvändiga[22] eller lämpliga för genomförandet av den grundläggande lagstiftningen, under förutsättning att de inte strider mot den lagstiftningen eller mot tillämpningsföreskrifter som antagits av rådet”. I andra avgöranden fastställde domstolen att kommissionen ska agera inom de gränser som framgår av systemet i sin helhet och i enlighet med den grundläggande rättsaktens[23] syften och bestämmelser[24].

27. Inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken tillerkände domstolen från och med domen i målet Rey Soda kommissionen stora genomförandebefogenheter med hänsyn till att kommissionen har en viktig funktion inom detta område, eftersom den är den enda institution som ”kontinuerligt och uppmärksamt kan följa utvecklingen av jordbruksmarknaderna och handla med den snabbhet som situationen kräver”.[25] Utanför detta område eller närstående områden är domstolens rättspraxis mer restriktiv. I domen i målet Vreugdenhil[26] slog domstolen i fråga om gemensam tulltaxa fast att ”en sådan bred tolkning av kommissionens befogenheter endast kan medges inom ramen för tillämpning av bestämmelserna för jordbruksmarknaderna”.[27]

28. I domen i målet Tyskland mot kommissionen[28] gjorde domstolen förtydliganden av begreppet väsentliga delar i en viss bestämmelse[29] vilkas innebörd det ankommer på lagstiftaren att definiera. Det mål som föranledde denna dom gällde en talan som hade väckts för att bestrida lagenligheten av ett system med påföljder som skulle tillämpas inom ramen för gemenskapens stödordning som rådet hade överlåtit till kommissionen att införa. Tyskland hävdade att sådana påföljder borde betraktas som väsentliga delar i de bestämmelser som gällde för området i fråga, eftersom de berörde enskilda personers grundläggande rättigheter. Tyskland hävdade likaså att de angripna åtgärderna inte hade till syfte att genomföra den grundläggande rättsakten utan att de endast utgjorde ett komplement till denna. Domstolen svarade att som ”väsentliga” kan ”endast sådana bestämmelser räknas som syftar till att omsätta huvudprinciperna i gemenskapens politik i praktiska åtgärder” och att så inte är fallet i

19 — Dom av den 30 oktober 1975 i mål 23/75, Rey Soda m.fl. (REG 1975, s. 1279; svensk specialutgåva, volym 2, s. 499), punkt 10.

20 — Se även dom av den 11 mars 1987 i mål 27/85, Vandemoortele mot kommissionen (REG 1987, s. 1129), punkt 214.

21 — Dom av den 15 maj 1984 i mål 121/83, Zuckerfabrik Franken (REG 1984, s. 2039).

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juni 1980 i mål 808/79, Fratelli Pardini (REG 1980, s. 2103), punkt 16.

23 — Se särskilt dom av den 14 november 1989 i de förenade målen 6/88 och 7/88, Spanien och Frankrike mot kommissionen (REG 1989, s. 3639), där domstolen slog fast att de åtgärder som hade vidtagits av kommissionen inte rymdes inom den grundläggande rättsaktens räckvidd. Se vidare dom av den 24 februari 1988 i mål 264/86, Frankrike mot kommissionen (REG 1988, s. 973), och av den 19 september 1985 i mål 192/83, Grekland mot kommissionen (REG 1985, s. 2791), med vilken domstolen ogiltigförklarade genomförandebestämmelser som hade antagits inom fiskeområdet och den gemensamma jordbrukspolitiken. De medlemsstater som väckte talan bestred dessa genomförandebestämmelser dels på grund av att de införde ett sätt för beräkning av kompensationsersättning till företagare inom området som inte föreskrevs enligt de uttömmande reglerna i den grundläggande rättsakten, dels på grund av att de stred mot principen om likabehandling av gemenskapstillverkare som föreskrivs enligt fördraget. Se även dom av den 16 juni 1987 i mål 48/86, Romkes (REG 1987, s. 2671), av den 2 februari 1988 i mål 61/86, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1988, s. 431), och av den 27 september 1979 i mål 230/78, Eridania-Zuccherifici nazionali och Società italiana per l’industria degli zuccheri (REG 1979, s. 2749; svensk specialutgåva, volym 4, s. 513).

24 — Se bland annat dom av den 13 juli 1995 i mål C-156/93, parlamentet mot kommissionen (REG 1995, s. I-2019), punkt 24, och av den 18 juni 1996 i mål C-303/94, parlamentet mot rådet (REG 1996, s. I-2943), punkt 23.

25 — Dom i det ovannämnda målet Rey Soda, punkt 11.

26 — Dom av den 29 juni 1989 i mål 22/88, Vreugdenhil m.fl. (REG 1989, s. 2049).

27 — Punkt 17. Se även dom av den 18 juni 2002 i mål C-314/99, Nederländerna mot kommissionen (REG 2002, s. I-5521).

28 — Dom av den 27 oktober 1992 i mål C-240/90, Tyskland mot kommissionen (REG 1992, s. I-5383; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-143).

29 — Se även dom av den 6 maj 2008 i mål C-133/06, parlamentet mot rådet (REG 2008, s. I-3189), punkt 45.

fråga om påföljder som är avsedda att säkerställa de åtgärder som valts genom att garantera en god finansiell förvaltning av de gemenskapsmedel som ska användas till att genomföra dem. I en dom några år senare definierade domstolen en bestämmelse i rådets förordning om Tacis-programmet som ”icke väsentlig”. Denna bestämmelse gjorde det möjligt att ändra en tröskel utan att rådgöra med parlamentet, eftersom den inte ”berör[de] … den allmänna uppbyggnaden” av den ifrågavarande förordningen.[30] Domstolen biföll vid en senare tidpunkt den talan som parlamentet hade väckt mot kommissionens beslut att godkänna ett projekt rörande gränssäkerhet i Filippinerna inom ramen för finansiellt och tekniskt bistånd till och ekonomiskt samarbete med utvecklingsländerna i Asien. I denna dom slog domstolen fast att det mål som eftersträvades med det angripna beslutet, nämligen att bekämpa terrorism och internationell brottslighet, varken ingick bland de ”mål” som var fastställda i den förordning som verkställdes genom beslutet eller hade ett ”direkt samband” med dessa.[31]

29. Av ovannämnda rättspraxis framgår det att gränserna för genomförandebefogenheterna framför allt ska definieras med hänvisning till de egenskaper som är kännetecknande för den berörda politiken och till den mer eller mindre stora handlingsfrihet som kommissionen har att genomföra den. Vidare ska de ovannämnda gränserna bestämmas på grundval av delegeringsbestämmelsens ordalydelse, den grundläggande rättsaktens innehåll och syften samt dess uppbyggnad i sin helhet. Definitionen av de ovannämnda gränserna samt fastställandet av den centrala eller icke centrala karaktären hos de delar i den grundläggande rättsakten som har införts eller ändrats genom genomförandeakten[32] – som långt ifrån kan resultera i ett mekaniskt införlivande av uttryck som används av rättspraxis – måste komma av en bedömning som görs mot bakgrund av samtliga ovannämnda faktorer.

2. Tillämpning av principerna i ovannämnda rättspraxis på förevarande mål

30. De olika faktorer som nämns i föregående punkt kommer fortsättningsvis att prövas inom ramen för denna talan.

a) Överväganden som rör det ämne till vilket den grundläggande rättsakten och det angripna beslutet hör

31. För att utarbeta instrument för övervakningen av de yttre gränserna och motverka olaglig invandring är unionslagstiftaren tvungen att göra svåra val som kan få stora konsekvenser för individens frihet och inverka på respekten för de mänskliga rättigheterna, medlemsstaternas internationella skyldigheter samt medlemsstaternas och unionens relationer med tredjeländer. Detta gäller inte endast för definitionen av de grundläggande riktlinjerna för gränskontrollpolitiken utan

30 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-417/93, parlamentet mot rådet (REG 1995, s. I-1185), punkterna 30–33.

31 — Se dom av den 23 oktober 2007 i mål C-403/05, parlamentet mot kommissionen (REG 2007, s. I-9045), särskilt punkterna 55 och 66–68.

32 — Jag vill för fullständighetens skull påpeka att parterna i förevarande mål förefaller vara överens om att domstolens blivande dom kommer att inverka på tolkningen av begreppet icke väsentliga delar av en lagstiftningsakt i artikel 290 FEUF som av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) inte är tillämpbart i förevarande tvist. I detta hänseende vill jag påpeka att ovannämnda rättspraxis, mot bakgrund av vilken förevarande talan ska prövas, bortser från dikotomin mellan ”delegerade akter” och ”genomförandeakter” som har införts av FEUF. Den exakta definitionen av innehållet och omfattningen av dessa begrepp samt fastställandet av det korrekta sambandet mellan bestämmelserna i artiklarna 290 och 291.2 FEUF ställer domstolen inför nya tolkningsfrågor som inte går att lösa genom en enkel tillämpning av ovannämnda rättspraxis. För att styrka detta räcker det att beakta att lagstiftaren på grundval av artikel 290.1 andra stycket numera är tvungen att uttryckligen avgränsa mål, innehåll, omfattning och varaktighet för delegeringen av befogenhet och således att definiera de väsentliga delarna i den grundläggande rättsakten. Detta minskar avsevärt domstolens tolkningsutrymme och åstadkommer en mer korrekt rollfördelning mellan den lagstiftande makten och den dömande makten. Ovannämnda problematik föreligger dock inte i förevarande fall.

även för fastställandet av åtgärder avsedda att genomföra dessa riktlinjer. Det är således i detta sammanhang motiverat att utövandet av genomförandebefogenheterna är mer reglerat jämfört med de områden som har ett klart mer tekniskt innehåll och att kommissionens handlingsfrihet därmed är begränsad. [33]

32. Av dessa skäl anser jag att den hänvisning som rådet har gjort till domstolens ovannämnda rättspraxis och till de omfattande genomförandebefogenheter som kommissionen tillerkänns enligt denna rättspraxis i förevarande fall måste övervägas mycket noga.

b) Föremålet och räckvidden för genomförandebefogenheterna enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna

33. Det ska i detta hänseende framför allt noteras att det i den italienska versionen av artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna nämns möjligheten att anta ”ytterligare övervakningsåtgärder” medan andra språkversioner har en formulering som mer specifikt hänvisar till ”tillvägagångssätten för att genomföra övervakningen”. [34]

34. Mot bakgrund av detta och oberoende av ordalydelsen i bestämmelsen i fråga ska *föremålet* för den delegerade befogenhet som fastslås i denna bestämmelse följaktligen förstås som de praktiska förfarandena för genomförande av övervakningen. För detta talar både skälen i kodexen om Schengengränserna [35] och i förordning nr 296/2008 [36] – som har ändrat artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna genom att komplettera den med det föreskrivande förfarandet med kontroll – samt förarbetena till kodexen om Schengengränserna. [37] Det verkar dessutom i mina ögon som om parlamentet och rådet i huvudsak är eniga på denna punkt.

35. Deras åsikter går i stället isär, förutom vad gäller möjligheten att definiera de åtgärder som omfattas av det angripna beslutet som enkla ”praktiska förfaranden”, även mer allmänt vad gäller den handlingsfrihet som kommissionen ges – med andra ord den delegerade befogenhetens *räckvidd*. Parlamentet har i huvudsak gjort gällande att artikel 12.5 endast tillåter antagandet av åtgärder som huvudsakligen är av teknisk karaktär. Rådet har i stället hävdat att lagstiftaren har valt att inte precisera innehållet eller karaktären hos de bestämmelser som ska antas och därför tilldelat kommissionen omfattande genomförandebefogenheter.

36. Enligt parlamentets ståndpunkt tolkas enligt min mening den ifrågavarande delegerade befogenhetens räckvidd alltför restriktivt. I själva verket, vilket rådet mycket riktigt har understrukit, utgör såväl användningen av en allmän formulering som valet av ett kommittéförfarande, som gör det möjligt att anta åtgärder som ändrar den grundläggande rättsakten även om det innebär en mer ingående kontroll av hur genomförandebefogenheterna utövas, indikeringar om avsikten att tilldela kommissionen en viss handlingsfrihet.

33 — Den lagstiftningsprocess som ledde till kodexen om Schengengränserna är en bekräftelse på detta. I förslaget till förordning baserade kommissionen sig på skillnaden mellan ”de grundläggande [principerna för kontroller vid de yttre gränserna]” och ”de närmare föreskrifterna för genomförandet av kontroller”, bland annat särskilda kontroller för olika gränstyper (vid land-, luft- och sjögränser). Kommissionen föreslog att existerande bestämmelser som klassades som praktiska förfaranden och ingick i bilagorna till kodexen om Schengengränserna i framtiden skulle kunna ändras genom ett kommittéförfarande, se KOM(2004) 391 slutlig. Detta förslag blev till stor del avvisat vid antagandet av kodexen om Schengengränserna i vilken det fastställs att endast vissa av bilagorna kan ändras genom det föreskrivande förfarandet med kontroll. Bland dessa bilagor ingår varken bilagorna VI och VII, som innehåller ”Särskilda bestämmelser angående olika typer av gränser och de olika transportmedel som används för passage av de yttre gränserna” respektive ”Särskilda regler för vissa personkategorier”, eller bilaga V, som innehåller ”Förfaranden för nekad inresa vid gränsen”.

34 — Se till exempel den engelska versionen, ”additional measures governing surveillance”, den franska, ”mesures supplémentaires applicables à la surveillance”, den tyska, ”zusätzlichen Überwachungsmodalitäten”, den spanska, ”medidas adicionales relativas a la vigilancia”, den rumänska, ”măsuri suplimentare care reglementează supravegherea” och den portugisiska, ”regras adicionais relativas à vigilância”.

35 — Skäl 17.

36 — Skäl 4.

37 — Se särskilt kommissionens förslag till förordning (ovan fotnot 33).

c) Syftena med och den allmänna systematiken i den grundläggande rättsakten

37. Rådet har påpekat att gränskontrollen utgör den väsentliga delen i systematiken i kodexen om Schengengränserna när det gäller förvaltningen av de yttre gränserna och att lagstiftaren av detta skäl inom ramen för förfarandet enligt artikel 251 EG har velat reglera den fullständigt genom att förhindra att vissa av dess förfaranden kan antas eller ändras på annat sätt än genom det föreskrivande förfarandet med kontroll. Lagstiftaren skulle i annat fall ha nöjt sig med att endast sätta upp målen för gränsövervakningen och de grundläggande förfarandena och därmed ge kommissionen en omfattande handlingsfrihet när det gäller att anta ytterligare åtgärder.

38. Olika faktorer gör att jag inte delar rådets åsikt.

39. För det första framgår det särskilt av kommissionens förslag till förordning att uppbyggnaden av kodexen om Schengengränserna till stor del beror på den omständigheten att den innehåller bestämmelser som tidigare hade antagits inom ramen för olika rättsliga instrument, närmare bestämt Schengenkonventionen [38] och den gemensamma handboken för de yttre gränserna [39]. Dessa instrument innehöll redan detaljerade bestämmelser för gränskontroller och reglerade vissa tillämpningsföreskrifter för dessa. Dessa bestämmelser har delvis införlivats i kodexen om Schengengränserna och delvis i dess bilagor.

40. För det andra verkar inte skälen i kodexen om Schengengränserna innehålla någon bekräftelse på att den ståndpunkt enligt vilken övervakningen, i systematiken i kodexen om Schengengränserna, har en roll som på något sätt är underordnad eller sekundär jämfört med gränskontrollerna. Enligt skäl 8 fastslås det inledningsvis att gränskontroll omfattar kontroll av personer vid gränsövergångsställen och bevakning av dessa gränsövergångsställen och att det därför är ”nödvändigt att fastställa villkor, kriterier och regler för kontrollen vid gränsövergångsställena och för gränsövervakningen”. Enligt skäl 17, som rör tilldelandet av genomförandebefogenheter till kommissionen, görs det ingen åtskillnad mellan kontroller och övervakning utan det hänvisas endast mer allmänt till att det ”bör införas ett förfarande som gör det möjligt för kommissionen att anpassa vissa närmare föreskrifter för gränskontroll”.

41. Slutligen framgår det av de rättsakter som föregick och förberedde för antagandet av kodexen om Schengengränserna samt mer allmänt av flera andra styrinstrument för gränskontrollpolitiken – framför allt Frontexförordningen som kommer att behandlas mer ingående längre fram – att övervakningen är ett av huvudinslagen i denna politik. [40] I artikel 77.1 b FEUF stadgas att unionen ska ”utforma en politik med syftet att säkerställa kontroll av personer och en övervakning i fråga om passage av de yttre gränserna”, och tilldela samma vikt åt båda delarna av denna politik.

42. Med stöd av ovanstående anser jag att även det argument som rådets ämbetsman starkt har förfäktat vid förhandlingen ska underkännas. Kommissionen är enligt detta argument – mot bakgrund av den allmänna systematiken i kodexen om Schengengränserna och den handlingsfrihet som kommissionen åtnjuter – berättigad att vid utövandet av sina genomförandebefogenheter vidta alla åtgärder som bedöms vara lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftena med gränsövervakningen enligt kodexen om Schengengränserna och som inte strider mot dess bestämmelser.

38 — Konvention om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna, undertecknad i Schengen den 19 juni 1990. Den fullständiga texten i konventionen är publicerad i EGT L 239 av den 22 september 2000, s. 19.

39 — Verkställande Schengenkommitténs beslut, enligt vilket denna handbok har antagits, publicerades i EGT L 239 av den 22 september 2000, s. 317.

40 — Se, bland annat, meddelandet från kommissionen, ”En framtida integrerad förvaltning av EU-medlemsstaternas yttre gränser”, som införlivats i ”Strategi för förvaltning av EU-medlemsstaternas yttre gränser” som antogs av rådet den 13 juni 2002 och godkändes av Europeiska rådet i Sevilla den 21–22 juni 2002 samt av Europeiska rådet i Thessaloniki den 19–20 juni 2003.

43. Ett sådant argument grundar sig på uppfattningen att de åtgärder som ska antas med stöd av artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna, i och med att de är avsedda att reglera vissa praktiska förfaranden för genomförandet av övervakningen, nästan per definition inte avser huvudinslagen i den grundläggande rättsakten, vilka som sådana är förbehållna lagstiftaren.

44. Som jag redan har påpekat i punkt 38 delar jag inte denna uppfattning. Det räcker att tillägga att det praktiska genomförandet av syftet att förhindra obehörig gränspassage i praktiken kan leda till val som kan få starka återverkningar på migrationspolitiken i en viss rättsordning. Tänk bland annat på gränskontrolltjänstemännens befogenheter, rätten att använda våld, beaktandet eller icke beaktandet av hur den individuella situationen ser ut för de personer som försöker eller misstänks försöka passera gränsen på ett olagligt sätt, de typer av åtgärder som ska vidtas gentemot dessa personer när de väl har blivit stoppade och de sätt på vilka de ska avvisas och, mer allmänt, kravet att alla åtgärder för att hindra olaglig invandring ska vara förenliga med bestämmelserna om mänskliga rättigheter. [41]

45. I motsats till rådet anser jag följaktligen inte att gränserna för genomförandebefogenheterna enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna endast går att fastställa på grundval av de i denna bestämmelse fastställda allmänna syftena med övervakningen.

46. Det är mot bakgrund av alla ovannämnda överväganden som parlamentets invändningar nu ska prövas.

3. Den första invändningen: Det angripna beslutet inför nya väsentliga delar i kodexen om Schengengränserna

a) Parternas argument

47. För det första har parlamentet gjort gällande att det enligt punkt 2.4 i del I i bilagan till det angripna beslutet avseende ingripanden får vidtas åtgärder som går utanför vad som är tillåtet enligt artikel 12 i kodexen om Schengengränserna när det gäller övervakningsverksamheten och som i detta sammanhang ger gränskontrolltjänstemännen mycket vidsträckta befogenheter med stort utrymme för skönsmässig bedömning. Som ett exempel har parlamentet nämnt möjligheten att ”beslagta fartyget och gripa personer ombord” eller ”föra fartyget eller personerna ombord till ett tredjeland eller på annat sätt överlämna fartyget eller personerna ombord till ett tredjelands myndigheter” (punkt 2.4 d och f). Enligt parlamentet är det med stöd av artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna endast tillåtet att vidta tekniska eller praktiska åtgärder vilket särskilt framgår av skäl 17 i kodexen om Schengengränserna och skälen i förordning nr 296/2008.

48. I sin replik har parlamentet understrukit att de bestämmelser avseende ingripanden som fastställs i det angripna beslutet inte ryms – varken materiellt eller geografiskt – inom begreppet gränsövervakning såsom det definieras i artikel 2.11 i kodexen om Schengengränserna. Parlamentet har påpekat, genom att hänvisa till definitionen av begreppet yttre sjögränser i beslut nr 574/2007 [42], att kodexen om Schengengränserna inte medger att det vidtas åtgärder för övervakning avsedda att tillämpas ute på det öppna havet.

49. För det andra har parlamentet gjort gällande att även bestämmelserna i del II i bilagan för sök- och räddningssituationer ligger utanför ramen för övervakningsverksamheten såsom den definieras i artikel 12 i kodexen om Schengengränserna. Dessa bestämmelser ger dessutom upphov till nya skyldigheter eller regler i Europeiska unionens lagstiftning vilka inte kan definieras som ”icke väsentliga delar” enligt artikel 2.2 i beslutet om kommittéförfarande. Parlamentet har i detta avseende nämnt den

41 — Se Europadomstolens dom av den 23 februari 2012 (stor sammansättning) i målet Hirsi m.fl. mot Italien, req. nr 277765/09.

42 — Europaparlamentets och rådets beslut (EG) nr 574/2007 av den 23 maj 2007 om inrättande av fonden för yttre gränser för perioden 2007–2013 som en del av det allmänna programmet ”Solidaritet och hantering av migrationsströmmar” (EUT L 144, s. 22).

skyldighet enligt vilken ”[v]arje fartyg eller person i sjönöd ska bistås” av de deltagande enheterna (punkt 1.1) och den bestämmelse som innebär att prioritet ska ges åt landsättning i det tredjeland som det fartyg som har personerna ombord avreste från (punkt 2.1 andra stycket). Parlamentet har vidare understrukit, i motsats till vad som synes framgå av rubriken på del II i bilagan, att de riktlinjer som är definierade i denna del inte kan betraktas som icke bindande, eftersom dessa enligt artikel 1 andra meningen i det angripna beslutet ”ska ingå i den operativa plan som fastställs för varje insats som samordnas av byrån”.

50. Rådet har invänt att punkt 2.4 i del I i bilagan till det angripna beslutet omfattar åtgärder som kan vidtas i samband med övervakningsinsatser eller som under alla omständigheter står i överensstämmelse med internationella konventioner. Dessa åtgärder strider inte enligt rådet mot syftena med gränsövervakningen enligt artikel 12 i kodexen om Schengengränserna. Rådet har framför allt hävdat att parlamentets påstående i repliken, enligt vilket bestämmelserna för ingripande inte ryms inom den materiella eller geografiska räckvidden för begreppet övervakning, ska avvisas eftersom det har framställts för sent. Enligt rådet saknar dessa argument dessutom grund. Rådet har hävdat att den definition av begreppet yttre sjögränser som återfinns i beslut nr 574/2007 – och som parlamentet har hänvisat till – inte är tillämpbar i samband med kodexen om Schengengränserna. Vidare har rådet anfört – i och med att det saknas en klar definition – att övervakningen av sjögränser även bör omfatta insatser på det öppna havet, eftersom endast en sådan tolkning – som för övrigt är förenlig med de tillämpbara folkrättsliga bestämmelserna, närmare bestämt Palermoprotokollet[43] – kan säkerställa den ändamålsenliga verkan av artikel 12 i kodexen om Schengengränserna. Parlamentet har för övrigt inte anfört tillräckliga skäl för att det ska anses att övervakningsinsatser på det öppna havet inte ryms inom den materiella räckvidden för begreppet övervakning enligt artikel 12 i kodexen om Schengengränserna.

51. Rådet har framför allt vad beträffar de riktlinjer som anges i del II i bilagan understrukit att dessa inte är av bindande karaktär, vilket tydligt kan utläsas av deras ordalydelse och av det angripna beslutet i dess helhet. Rådet har beträffande riktlinjernas räckvidd påpekat att medlemsstaternas skyldigheter vad gäller sökning och räddning regleras av internationella konventioner. Riktlinjerna i fråga säkerställer att det görs en enhetlig tolkning av bestämmelserna i dessa konventioner vilken kan tillämpas närhelst det i samband med övervakningsinsatser som samordnas av byrån är nödvändigt att bistå ett fartyg i sjönöd, vilket enligt rådets mening är en insats som inte kan definieras som övervakning i strikt mening. Medlemsstaterna är emellertid fria att låta bli att följa denna tolkning och att införa andra åtgärder i den operativa plan som de och byrån har enats om.

52. Kommissionen har anfört att befogenheten att komplettera en rättsakt genom att lägga till nya icke väsentliga delar omfattar befogenheten att fastställa ytterligare skyldigheter och att reglera nya verksamheter i den mån dessa verksamheter är nödvändiga eller ändamålsenliga för att verkställa den grundläggande rättsakten och inte strider mot denna.

53. Enligt kommissionen är det angripna beslutet nödvändigt eller åtminstone ändamålsenligt för att förverkliga syftet att förhindra obehörig gränspassage enligt artikel 2.11 och artikel 12 i kodexen om Schengengränserna. Det är detta som är avsikten med bestämmelserna i det angripna beslutet avseende patrullering på det öppna havet. Kommissionen har understrukit att ingen bestämmelse i kodexen om Schengengränserna utesluter att kodexen om Schengengränserna kan tillämpas vid övervakningsinsatser på internationellt vatten. För övrigt bekräftas det i bilaga VI till kodexen om Schengengränserna – enligt vilken gränskontroller medges i hamnen i ett tredjeland eller under själva resan – att den geografiska räckvidden för kodexen om Schengengränserna även omfattar insatser som genomförs utanför medlemsstaternas territorium på villkor att dessa ryms inom den materiella räckvidden för denna rättsakt, till exempel inom begreppet övervakning. Kommissionen har i detta hänseende gjort gällande att parlamentet har antagit en alltför sträng tolkning av begreppet

43 — Tilläggsprotokoll mot människosmuggling land-, luft- och sjövägen till Förenta nationernas konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet undertecknat under konferensen i Palermo den 12–15 december 2000.

övervakning. Enligt kommissionen ryms ingripandet inom begreppet övervakning när det finns en misstanke om att fartyg försöker ta sig in på unionens territorium genom att kringgå gränskontrollerna. Övervakningen begränsar sig således inte till en rent passiv åtgärd vilket för övrigt bekräftas i artikel 12.4 i kodexen om Schengengränserna enligt vilken det är tillåtet att ”gripa personer”. På samma sätt har kommissionen gjort gällande att de sök- och räddningsåtgärder som vidtas under en övervakningsinsats omfattas av begreppet övervakning. Med anledning av detta har kommissionen påpekat att en övervakningsinsats i sig ofta ger upphov till sök- och räddningsinsatser när ett fartyg till följd av ett ingripande avsiktligen sänks.

b) Bedömning

54. Framför allt måste rådets invändning om rättegångshinder mot påståendet i repliken, enligt vilket reglerna för ingripande inte ryms inom den materiella eller geografiska räckvidden för begreppet övervakning, ogillas. I motsats till vad rådet har gjort gällande handlar det i själva verket om ett argument som utökar och utvecklar de grunder som redan har anförts i talan och inte om en ny grund som har framställts för sent. Jag vill för övrigt erinra om att grunderna för bristande behörighet med hänsyn till den allmänna ordningen kan anföras ex officio av domstolen. [44]

55. Vad beträffar sakfrågan ska det prövas huruvida rådet – såsom parlamentet har hävdat – genom det angripna beslutet har överskridit genomförandebefogenheterna enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna genom att reglera väsentliga delar av den grundläggande rättsakten. Parlamentet har för det första gjort gällande att det angripna beslutet omfattar åtgärder som inte ryms inom den materiella räckvidden för begreppet övervakning enligt kodexen om Schengengränserna.

56. I artikel 2.11 i kodexen om Schengengränserna definieras gränsövervakning som ”övervakning av gränser mellan gränsövergångsställen och övervakning av gränsövergångsställen utanför de fasta tiderna för öppethållande för att hindra personer från att kringgå in- och utresekontrollerna”. I artikel 12.1 i kodexen om Schengengränserna fastställs att ”[d]et huvudsakliga syftet med gränsövervakningen är att förhindra obehörig gränspassage, att bekämpa gränsöverskridande brottslighet och att vidta åtgärder mot personer som har passerat gränsen på olagligt sätt”.

57. Såsom rådet och kommissionen riktigt har understrukit definieras övervakningen i kodexen om Schengengränserna huvudsakligen genom dess syften. På grundval av denna definition framträder ett tämligen vitt begrepp som kan omfatta varje åtgärd som är avsedd såväl att förhindra som att förebygga att gränskontrollerna kringgås. Dessa måste å andra sidan, för att övervakningsåtgärderna ska vara effektiva såsom krävs enligt artikel 77.1 b FEUF, anpassas dels till den typ av gräns som det handlar om, dels till den konkreta risken för olaglig invandring, vilket varierar beroende på olika faktorer (geografiska, ekonomiska, geopolitiska, klimatmässiga och så vidare). Därav följer att begreppet övervakning måste tolkas dynamiskt och flexibelt och att urvalet av de åtgärder som kan visa sig vara nödvändiga för att uppnå syftena enligt artikel 12.1 i kodexen om Schengengränserna är oerhört brett och varierande.

58. Parlamentet har även hävdat att det i kodexen om Schengengränserna föreskrivs en i huvudsak passiv övervakning. Det finns dock inget stöd för denna ståndpunkt i artikel 12 i kodexen om Schengengränserna. Enligt denna bestämmelse ingår det i syftena med övervakningen att vidtaga åtgärder mot personer, som olagligen har tagit sig in på unionens territorium, vilka medger ingripanden som går utöver en ren gränsövervakning. [45] Detsamma gäller de förebyggande eller avskräckande åtgärderna. Dessa verkar inte möta något annat hinder än att de måste vara kopplade till en verklig risk för kringgående av gränskontrollerna.

44 — Se bland annat dom av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen och Tyskland (REG 2000, s. I-5843), punkt 56.

45 — Som till exempel att gripa personer, kontrollera deras identitet, transportera tillbaka dem till gränsövergångsstället etc. Se, i detta hänseende, Schengenhandboken (ovan fotnot 39).

59. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att större delen av de åtgärder för ingripande som listas i punkt 2.4 i del I i bilagan till det angripna beslutet ryms i begreppet övervakning såsom det beskrivs ovan. Däremot hyser jag tvivel om att de åtgärder som anges i punkt 2.4 d och f och som tillåter gränskontrolltjänstemännen att ”[b]eslagta fartyget och gripa personerna ombord” respektive att ”[f]öra fartyget eller personerna ombord till ett tredjeland eller på annat sätt överlämna fartyget eller personerna ombord till ett tredjelands myndigheter” kan rymmas i detta begrepp. Jag hyser samma tvivel vad gäller de bestämmelser för sökning, räddning och landsättning som anges i del II i bilagan till det angripna beslutet även om nämnda åtgärder och bestämmelser syftar till att framgångsrikt genomföra övervakningsinsatserna eller att klara av de situationer som kan uppstå i samband med dessa insatser. [46]

60. Det är emellertid inte nödvändigt att definitivt ta ställning i denna fråga. Såsom framgår av övervägandena ovan skulle det, även om det skulle anses att det enligt det angripna beslutet fastställs praktiska förfaranden för att genomföra övervakningen inom ramen för hur begreppet övervakning definieras i kodexen om Schengengränserna, i själva verket inte kunna uteslutas att det angripna beslutet – såsom parlamentet har hävdat – reglerar väsentliga delar av den grundläggande rättsakten.

61. Med beaktande dels av det område till vilket ifrågavarande bestämmelser hänför sig, dels av syftena med och den allmänna systematiken i kodexen om Schengengränserna – i vilken övervakningen framstår som en nyckelkomponent inom gränskontrollpolitiken – och trots den handlingsfrihet som kommissionen tilldelas enligt artikel 12.5 anser jag att långtgående åtgärder såsom de som listas i punkt 2.4 i del I i bilagan till det angripna beslutet och framför allt de som återfinns i punkt 2.4 b, d, f och g liksom bestämmelserna för landsättning i del II i denna bilaga reglerar väsentliga delar av övervakningen av de yttre sjögränserna. Dessa åtgärder medför valmöjligheter som kan inverka på individens frihet och grundläggande rättigheter (till exempel visiteringar, kvarhållande, beslagtagande av fartyg och så vidare), på den möjlighet som dessa personer har att åberopa och erhålla det skydd i unionen som de eventuellt är berättigade till i kraft av folkrätten (det gäller exempelvis reglerna för landsättning, när det saknas exakta anvisningar om på vilket sätt myndigheterna ska beakta hur den individuella situationen ser ut för de personer som befinner sig ombord på det fartyg som är föremål för ingripandet) [47] samt på relationerna mellan unionen eller de medlemsstater som deltar i övervakningsinsatsen å ena sidan och de tredjeländer som är inblandade i denna insats å andra sidan.

62. En liknande diskussion måste enligt min mening föras när det gäller de bestämmelser i det angripna beslutet som syftar till att reglera fartygsingripande på det öppna havet. Å ena sidan tillåter dessa bestämmelser uttryckligen vidtagandet av de åtgärder som omnämns i föregående punkt på internationellt vatten. Detta är en valmöjlighet som mot ovannämnda bakgrund är väsentlig och detta oberoende av om det föreligger en rättslig grund för parlamentets ståndpunkt att den geografiska räckvidden för kodexen om Schengengränserna vad beträffar sjögränserna sträcker sig till den yttre gränsen för medlemsstaternas territorialvatten eller till angränsande zon, och inte till det öppna havet. [48] Å andra sidan medför nämnda bestämmelser, som syftar till att säkerställa en enhetlig

46 — Jag vill för fullständighetens skull påpeka – i motsats till vad rådet har anfört vid förhandlingen – att den omständigheten att dessa åtgärder och bestämmelser inte ryms inom begreppet övervakning såsom det definieras enligt kodexen om Schengengränserna inte medför att dessa inte kan regleras inom unionsrätten. Det finns i själva verket inget som hindrar lagstiftaren att anta ett begrepp för gränsövervakning med större räckvidd jämfört med begreppet i kodexen om Schengengränserna, eventuellt genom att framhäva syftet med en effektiv övervakning som anges i artikel 77.1 b FEUF. Vidare ger artikel 79.1 respektive 79.2 c en ytterligare rättslig grund för antagandet av åtgärder som syftar till att säkerställa en effektiv hantering av migrationsströmmar.

47 — Även om det angripna beslutet i sin helhet innebär att övervakningsinsatserna genomförs mer i överensstämmelse med de mänskliga rättigheterna och skyddsordningen för flyktingar.

48 — På det öppna havet gäller principen om sjöfartens frihet och exklusiv jurisdiktion för den medlemsstat under vilkens flagg fartyget seglar. Härav följer – som kommissionen underströk i en studie från 2007 om internationella rättsliga instrument mot illegal invandring till sjöss – att ”en principe, à part le droit de rapprocher le bateau aux fins de vérification de l’identité et de la nationalité, aucun État ne peut exercer de pouvoirs de puissance publique (tels que la visite, l’arraisonnement, la perquisition, y compris par l’examen des documents, la conduite à un port, l’arrestation ou la saisie) sur un navire naviguant en haute mer sous un pavillon étranger, même si ce navire transporte des immigrants illégaux vers les côtes de cet État et tant qu’il n’aurait pas pénétré dans la zone contiguë de celui-ci” SEC(2007) 691, punkt 4.3.1.2.

tillämpning av internationell lagstiftning rörande insatser för övervakning av sjögränser [49], inte några skyldigheter eller befogenheter för de medlemsstater som deltar i dessa insatser jämfört med dem som kan härledas ur denna lagstiftning, vilket rådet och kommissionen visserligen starkt har hävdat. Medlemsstaterna blir ändå tvungna att tolka sådana skyldigheter och befogenheter, vilket kan sätta deras ansvar på det internationella planet på spel. [50]

63. Ytterligare två synpunkter talar för den slutsats som jag har dragit enligt ovan.

64. I första hand berör vissa av bestämmelserna i det angripna beslutet känsliga och i synnerhet kontroversiella problem som till exempel tillämpningen av principen om non-refoulement på internationellt vatten [51] eller fastställandet av den plats till vilken undsatta personer enligt SAR-konventionen [52] ska föras. Som framgår av kommissionens förslag till beslut har medlemsstaterna delade uppfattningar om dessa problem. [53]

65. Vid en jämförelse med regleringen av gränskontrollerna i kodexen om Schengengränserna framgår det i andra hand att definitionen av de praktiska förfarandena för genomförande av sådana kontroller – när det gäller aspekter som i tillämpliga delar liknar dem som regleras i det angripna beslutet – vilar på lagstiftaren, trots att kommissionen var av en annan åsikt när den lämnade in förslaget till förordning. [54]

66. Jag anser på grundval av de ovannämnda bestämmelserna att det angripna beslutet reglerar väsentliga delar av den grundläggande rättsakten vid beaktande av den rättspraxis som omnämns i punkterna 26–29 i detta förslag till avgörande.

67. Parlamentets första invändning ska enligt min uppfattning följaktligen bifallas.

4. Den andra invändningen: Det angripna beslutet ändrar väsentliga delar av kodexen om Schengengränserna

68. Parlamentet har genom sin andra invändning gjort gällande att det angripna beslutet ändrar en väsentlig del av kodexen om Schengengränserna, närmare bestämt den princip i artikel 13 enligt vilken ”[i]nresa [endast får] nekas genom ett motiverat beslut med uppgift om de exakta skälen för nekad inresa”, genom att det fastslår att gränskontrolltjänstemännen kan beordra det fartyg som har blivit föremål för ingripandet att ändra kurs så att det styr mot en annan destination än territorialvattnet och föra fartyget eller personerna ombord till ett tredjeland (punkt 2.4 e och f i del I i bilagan).

69. Parlamentets ståndpunkt grundar sig på antagandet att nämnda artikel 13 även kan tillämpas när det gäller gränsövervakning. Såväl rådet som kommissionen har invänt mot en sådan tolkning och gjort gällande att skyldigheten att fatta ett motiverat beslut enligt denna bestämmelse endast föreligger i det fall en person nekas inresa i unionen efter det att vederbörande har anmält sig vid ett gränsövergångsställe och låtit sig underkastas de kontroller som föreskrivs enligt kodexen om Schengengränserna.

49 — Se skälen i det angripna beslutet och kommissionens förslag till beslut KOM(2009) 658 slutlig.

50 — Detta trots att det i skäl 6 till det angripna beslutet anges att genomförandet av beslutet inte påverkar de skyldigheter som åvilar medlemsstaterna enligt gällande internationell lagstiftning.

51 — Se, i detta avseende, Europadomstolens dom i målet Hirsi m.fl. mot Italien (ovan fotnot 41), och den mening som uttrycktes av domaren Pinto de Albuquerque (vilken delade rättens uppfattning).

52 — 1979 års internationella sjöräddningskonvention, undertecknad i Hamburg den 27 april 1979.

53 — Det verkar som om kommissionens val att använda sig av kommittéförfarandet enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna – i stället för att använda sig av det ordinarie lagstiftningsförfarandet – till stor del är resultatet av de motstridiga åsikterna och det dödläge som detta skapat. Detta framgår även av brevet från kommissionsledamoten Cecilia Malmström som har bifogats repliken. Dessa meningsskiljaktigheter råder fortfarande. Bestämmelserna i det angripna beslutet beträffande sökning och räddning tillämpades till exempel inte på de Frontex-insatser som inletts efter det att det angripna beslutet trädde i kraft, detta till följd av att Republiken Malta motsatte sig detta.

54 — Se ovan fotnot 33.

70. Parlamentets invändning ska enligt min mening ogillas utan att det är nödvändigt att ta ställning i den invecklade frågan om räckvidden för artikel 13 i kodexen om Schengengränserna. Domstolen kommer med all sannolikhet förr eller senare att ha att pröva den frågan.

71. Om det i själva verket är sant som rådet har påpekat att det inte har hänvisats till denna bestämmelse i det angripna beslutet finns det inget som hindrar att den tillämpas inom ramen för de övervakningsinsatser som regleras av detta beslut. En sådan tillämpning kan kanske ge upphov till praktiska svårigheter, men den är inte omöjlig, inte ens i de situationer som har nämnts av parlamentet. Jag vill för övrigt påpeka att de åtgärder som listas i efterföljande punkt 2.4 – med stöd av punkt 1.2 i del I i bilagan till det angripna beslutet – står i överensstämmelse med den internationella principen om non-refoulement även i de fall där ingripandet sker på det öppna havet. De sätt på vilka dessa åtgärder vidtas måste göra det möjligt för gränskontrolltjänstemännen att utföra de kontroller som är nödvändiga för att säkerställa att denna princip inte kränks. [55]

72. Vad beträffar det argument som parlamentet har anfört i sin replik att det angripna beslutet utökar den materiella och geografiska räckvidden för artikel 13 genom att artikeln kan tillämpas på situationer som tidigare inte omfattades av kodexen om Schengengränserna, sammanfaller detta med de argument som har anförts till stöd för den första invändningen. Jag hänvisar därför till de synpunkter som redan har framförts i prövningen av den invändningen.

73. Jag anser med stöd av ovanstående att parlamentets andra invändning saknar grund och att den därmed ska ogillas.

5. Den tredje invändningen: Det angripna beslutet ändrar Frontexförordningen

a) Parternas argument

74. Parlamentet har genom sin tredje invändning hävdat att det angripna beslutet överskrider tillämpningsområdet för artikel 12.5. Denna artikel ger ingen befogenhet för kommissionen eller rådet att fastställa regler som ska tillämpas på insatser samordnade av byrån, vars uppgifter och arbete regleras av Frontexförordningen. Enligt parlamentet är det angripna beslutets enda syfte i stället att fastställa regler för ovannämnda insatser, vilket medför skyldigheter inte endast för medlemsstaterna utan även för byrån. Parlamentet har till exempel påpekat att de bestämmelser som fastställs i del I i bilagan till detta beslut och de icke bindande riktlinjer som fastställs i del II – med stöd av artikel 1 i det angripna beslutet – ”ska ingå i den operativa plan som fastställs för varje insats som samordnas av byrån”. Denna bestämmelse ändrar artikel 8e.1 i Frontexförordningen, enligt vilken byråns ”verkställande direktö[r] och den biståndssökande medlemsstaten skall enas om en operativ plan i vilken villkoren för utplaceringen av enheterna noga anges”. [56] Enligt denna bestämmelse åläggs det dessutom att i den operativa planen införa närmare föreskrifter för landsättning av de personer som blir föremål för ingripande eller räddningsinsats. Bestämmelsen förändrar märkbart rollen för de gränskontrolltjänstemän som deltar i insatsen och likaså rollen för Frontex samordningscenter såsom den definieras i artikel 8g i förordningen. Parlamentet har i sin replik anfört att det angripna beslutet ger Frontexförordningen en större geografisk räckvidd jämfört med hur den definieras i artikel 1a.1.

75. Rådet och kommissionen har framför allt invänt att övervakningsinsatserna enligt artikel 16.1 i kodexen om Schengengränserna ska genomföras av medlemsstaterna i nära samarbete med varandra och att detta samarbete – vilket understryks i punkt 2 i samma artikel – ska samordnas av byrån. En koppling till Frontexförordningen är således oundviklig. Rådet och kommissionen har dock uteslutit att det angripna beslutet får till följd att förordningen förändras. De har påpekat att införandet av det

55 — Se Europadomstolens dom i målet Hirsi m.fl. mot Italien (ovan fotnot 41), paragraf 201 och följande paragrafer.

56 — Till följd av senare ändringar av Frontexförordningen tillämpas artikel 8e för närvarande endast vid snabba insatser.

angripna beslutets bestämmelser i den operativa planen inte leder till en sådan förändring, eftersom dessa bestämmelser – enligt vilka övervakningsåtgärderna fastställs – lätt kan ingå bland de delar i planen som listas i led c eller d i artikel 8e i Frontexförordningen.[57] Kommissionen har hävdat att det angripna beslutet uteslutande riktar sig till medlemsstaterna. Vid fastställandet av en operativ plan tillsammans med byrån är medlemsstaterna ålagda att se till att bilagan till beslutet omfattas av denna plan. Beslutet har följaktligen ingen inverkan på byråns arbete. Tvärtom är det snarare Frontexförordningen som bestämmer räckvidden av den skyldighet som medlemsstaterna åläggs enligt det angripna beslutet. Slutligen har rådet gjort gällande att det angripna beslutet – även om det skulle anses att detta beslut ändrar bestämmelserna i artiklarna 8e och 8g, genom att det lägger till nya icke väsentliga delar – ändå inte är rättsstridigt, eftersom kodexen om Schengengränserna och Frontexförordningen kompletterar varandra, i och med att de utgör rättsliga instrument för att införa ett system för förvaltning av de yttre gränserna enligt artikel 77 FEUF.

b) Bedömning

76. Inledningsvis ska det andrahandsargument som rådet har framställt, enligt vilket det angripna beslutet inte är rättsstridigt även om det skulle ändra Frontexförordningen, tillbakavisas. Som parlamentet riktigt har påpekat har kommissionen (eller rådet) när den (respektive det) utövar sina genomförandebefogenheter inte någon befogenhet att ändra en annan rättsakt än den grundläggande rättsakten av det enda skälet att de två rättsliga instrumenten reglerar olika aspekter av en och samma fråga och på sätt och vis kan betraktas som komplement till varandra. På denna punkt är även kommissionen enig.

77. Det är följaktligen nödvändigt att pröva huruvida – vilket parlamentet har hävdat – det angripna beslutet ändrar Frontexförordningen eller medför att delar av denna förordning ändras.

78. Det finns otvivelaktigt ett samband mellan de två rättsakterna, vilket både rådet och kommissionen mycket riktigt har påpekat. Kodexen om Schengengränserna och det regelverk som har antagits för att verkställa kodexen om Schengengränserna är avsedda att tillämpas även på de övervakningsinsatser som leds av Frontex. Den roll som byrån har att samordna det operativa samarbetet mellan medlemsstaterna när det gäller förvaltningen av de yttre gränserna har dessutom uttryckligen slagits fast i artikel 16.2 i kodexen om Schengengränserna.

79. Varken i denna bestämmelse eller i någon annan bestämmelse i kodexen om Schengengränserna fastställs det dock några regler eller medges att det vidtas åtgärder avsedda att reglera det operativa samarbetet mellan medlemsstaterna när det gäller förvaltningen av unionens yttre gränser. Det kan i övrigt inte vara på något annat sätt, eftersom artikel 66 EG, enligt vilken rådet gavs befogenheten att vidta sådana åtgärder och på vilken Frontexförordningen grundar sig, inte återfinns bland de rättsliga grunderna för kodexen om Schengengränserna.[58] Dessutom föreskrivs det enligt kodexen om Schengengränserna en skyldighet för medlemsstaterna att inte lägga sig i Frontex arbete. Enligt artikel 16.3 första stycket får medlemsstaterna fortsätta operativt samarbete med andra medlemsstater

57 — Leden c och d i artikel 8e anger vad som ska fastställas i den operativa planen, närmare bestämt ”[d]et geografiska ansvarsområdet i den biståndssökande medlemsstaten där enheterna kommer att placeras ut” respektive en ”beskrivning av uppgifterna och speciella instruktioner för enheternas medlemmar”.

58 — På artikel 66 EG grundar sig även Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 863/2007 av den 11 juli 2007 om inrättande av en mekanism för upprättande av snabba gränsinsatsenheter och om ändring av rådets förordning (EG) nr 2007/2004 vad beträffar den mekanismen och regleringen av gästande tjänstemäns uppgifter och befogenheter (EUT L 199, s. 30). Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1168/2001 av den 25 oktober 2011 om ändring av rådets förordning (EG) nr 2007/2004 om inrättande av en europeisk byrå för förvaltningen av det operativa samarbetet vid Europeiska unionens medlemsstaters yttre gränser (EUT L 304, s. 1) bygger på artikel 74 FEUF, som har ersatt artikel 66 EG, och på artikel 77.2 b och d FEUF. Framför allt ger artikel 77.2 d FEUF en specifik rättslig grund för vidtagandet av ”alla nödvändiga åtgärder för att stegvis upprätta ett integrerat system för förvaltning av de yttre gränserna”.

och/eller tredjeländer vid de yttre gränserna utanför Frontex om detta samarbete kompletterar byråns verksamhet och utan att det påverkar byråns befogenheter. I andra stycket i samma artikel stadgas det för övrigt att ”[m]edlemsstaterna skall avhålla sig från alla åtgärder som kan äventyra byråns arbete eller uppnåendet av dess mål”. [59]

80. Mot bakgrund av ovanstående är det primära syftet med det angripna beslutet att anta ”ytterligare regler för den övervakning av sjögränserna som genomförs av gränskontrolltjänstemän” (skäl 11) ”inom ramen för det operativa samarbete som samordnas av byrån och för att ytterligare stärka detta samarbete” (skäl 2). Enligt artikel 1 i det angripna beslutet föreskrivs det att denna övervakning ”ska regleras genom de bestämmelser som fastställs i del I i bilagan” samt att ”[d]essa bestämmelser och de icke bindande riktlinjer som fastställs i del II i bilagan ska ingå i den operativa plan som fastställs för varje insats som samordnas av byrån”. [60]

81. Det angripna beslutet medför – som kommissionen särskilt har påpekat – skyldigheter endast för medlemsstaterna och inte för byrån. I den utsträckning som den operativa planen måste samordnas mellan byrån och den biståndssökande medlemsstaten kan det i praktiken inträffa att bestämmelserna i det angripna beslutet inte inkluderas i den operativa planen. [61]

82. Det hindrar emellertid inte att artikel 1 i det angripna beslutet märkbart minskar den biståndssökande medlemsstatens handlingsfrihet och indirekt även byråns genom att den på ett betydande sätt ingriper i byråns arbete. Ett exempel som bekräftar detta är de händelser som hänger samman med den Frontexinsats som förespråkades av Republiken Malta i mars 2011 i samband med Libyenkrisen. Vissa medlemsstater motsatte sig Republiken Maltas begäran om att de riktlinjer som anges i del II i bilagan till det angripna beslutet inte skulle inkluderas i den operativa planen. Det ledde till långdragna förhandlingar mellan byrån och den maltesiska regeringen och förhindrade inledandet av insatsen. [62]

83. I praktiken uppfattas bilagan till det angripna beslutet, inklusive de icke bindande riktlinjerna – vars bindande verkan med tanke på lydelsen i artikel 1 knappast kan ifrågasättas [63] – i sin helhet som en del av de gemenskapsåtgärder som rör förvaltningen av de yttre gränserna och vilka byrån i enlighet med artikel 1.2 i Frontexförordningen ska underlätta och effektivisera tillämpningen av. [64]

84. De icke bindande riktlinjerna för söknings- och räddningssituationer i del II i bilagan till det angripna beslutet reglerar delar av insatsen som inte ingår i Frontex uppgifter. Som kommissionen har understrukit i det förslag med stöd av vilket det angripna beslutet har antagits är Frontex inte någon sök- och räddningsmyndighet [65] och ”[i] och med att [de flesta marina insatser samordnade av Frontex] blir sök- och räddningsinsatser, lyfts de … bort från Frontex samordningsansvar”. [66] Ett liknande resonemang gäller beträffande reglerna för landsättning. Trots detta föreskrivs det i det angripna beslutet att de ovannämnda riktlinjerna ska ingå i den operativa planen.

59 — Artikel 16.2 och 16.3 i kodexen om Schengengränserna återger nästan bokstavligen artikel 2.2 i Frontexförordningen.

60 — Jag vill för övrigt påpeka att det innan förordning nr 1168/2011 trädde i kraft inte hade upprättats någon operativ plan för alla de av byrån samordnade insatserna utan endast för de snabba insatserna, vilkas bestämmelser har införlivats i Frontexförordningen genom nämnda förordning nr 863/2007.

61 — Det verkar som om det enades om specifika regler för insatsen Hermes som inleddes av Frontex den 20 februari 2011 i centrala Medelhavsområdet.

62 — För en kort sammanfattning av händelserna hänvisas till webbplatsen http://migrantsatsea.wordpress.com/2011/04/03/maltese-conditions-for-hosting-frontex-mission-not-accepted-by-frontex/.

63 — Kommissionen har erkänt riktlinjernas bindande karaktär inom ramen för förevarande mål.

64 — Se, för ett liknande resonemang, kommissionsledamoten Cecilia Malmströms brev till den maltesiska inrikesministern av den 1 april 2011 med anledning av Republiken Maltas ansökan om bistånd som nämnts ovan.

65 — Myndighetens inrättande är fastställd i SAR-konventionen (ovan fotnot 52).

66 — KOM(2009) 658 slutlig.

85. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan anser jag att det angripna beslutet överskrider de genomförandebefogenheter som fastställs enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna, eftersom det angripna beslutet dels reglerar aspekter som rör det operativa samarbetet mellan medlemsstaterna för förvaltning av unionens yttre gränser, vilka ligger inom Frontexförordningens tillämpningsområde, dels fastställer regler som inkräktar på det arbete som utförs av den byrå som har inrättats genom denna förordning.

86. Innan prövningen av denna fråga avslutas bör det påpekas att den lagstiftning som ovannämnda överväganden stöder sig på har ändrats genom förordning nr 1168/2011.[67] Denna förordning har bland annat infört en uttrycklig hänvisning till kodexen om Schengengränserna i artikel 1.2. Den har lagt till led da som föreskriver att byrån ska bistå i ”situationer [som] kan inbegripa humanitära krissituationer och sjöräddning” till artikel 2.1, i vilken byråns uppgifter definieras. Vidare har den i led j i den nya artikeln 3a och i artikel 8e föreskrivit vad den operativa planen ska innehålla i händelse av operativa insatser till havs, bland annat ”hänvisningar till internationell rätt och unionsrätt om ingripande, sjöräddning och landsättning”.

87. Även för det fall att en sådan lagändring måste beaktas inom ramen för förevarande mål, påverkar det inte min slutsats enligt ovan. Även efter det att förordning nr 1168/2001 trädde i kraft fortsätter i själva verket de åtgärder som är avsedda att definiera de praktiska förfarandena för marina insatser samordnade av Frontex att vara reglerade genom hänvisning till en rättsakt som genomför ett annat rättsligt instrument, och detta andra rättsliga instrument vilar i sig på en rättslig grund som ensam inte skulle berättiga till att sådana åtgärder vidtas. Genom att föreskriva sådana bestämmelser överskrider det angripna beslutet de genomförandebefogenheter som fastställs enligt artikel 12.5 i kodexen om Schengengränserna.

88. Avslutningsvis anser jag att även parlamentets tredje invändning ska bifallas.

C – *Slutsatser beträffande talan*

89. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att talan ska bifallas och det angripna beslutet ogiltigförklaras.

IV – Parlamentets begäran om att det angripna beslutets verkningar ska betraktas som bestående

90. För det fall att domstolen ogiltigförklarar det angripna beslutet har parlamentet begärt att domstolen i kraft av sin befogenhet enligt artikel 264 andra stycket FEUF ska betrakta det angripna beslutets verkningar som bestående tills en ny rättsakt antas. Denna bestämmelse med stöd av vilken ”[d]omstolen ... om den anser det nödvändigt, [ska] ange vilka verkningar av den ogiltigförklarade akten som ska betraktas som bestående” har även använts för att tillfälligt kunna betrakta samtliga verkningar av en sådan akt som bestående i väntan på att denna ersätts.[68]

91. Om det angripna beslutet i förevarande fall utan vidare ogiltigförklaras berövas unionen ett viktigt rättsligt instrument som är avsett att samordna samarbetet mellan medlemsstaterna när det gäller förvaltningen av övervakningen av unionens sjögränser – som alltför ofta blir skådeplats för ofantliga tragedier – och att säkerställa att denna verksamhet genomförs i full respekt för de mänskliga rättigheterna och ordningen för skydd av flyktingar.

67 — Se ovan fotnot 58.

68 — Se bland annat domarna i målen C-166/07 och C-402/05, punkt 373 och följande punkter, avseende tillämpningen av artikel 231 andra stycket EG, och C-295/90, punkt 22 och följande punkter, beträffande artikel 174.2 i EG-fördraget.

92. Med ovanstående som grund anser jag att parlamentets begäran ska bifallas och att det angripna beslutets verkningar ska betraktas som bestående till dess att en rättsakt som har antagits enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet har trätt i kraft.

V – Förslag till avgörande

93. Mot bakgrund av samtliga ovannämnda överväganden föreslår jag att domstolen ska

— avslå rådets invändning om rättegångshinder och ta upp talan till sakprövning,

— bifalla talan i sak och ogiltigförklara det angripna beslutet,

— förklara att verkningarna av det angripna beslutet ska betraktas som bestående till dess att en rättsakt som har antagits i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet har trätt i kraft, och

— förplikta rådet att ersätta rättegångskostnaderna och besluta att kommissionen ska bära sina rättegångskostnader.