FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 10 april 2008 [1]

1. I förevarande mål har Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (Österrike) (den oberoende administrativa avdelningen för Land Niederösterreich) begärt förhandsavgörande angående huruvida rättsakter som ska publiceras i enlighet med artikel 254 EG är ”handlingar” i den mening som avses i artikel 2.3 i förordning (EG) nr 1049/2001 (nedan kallad förordningen om tillgång till handlingar), [2] och huruvida förordningar eller delar av dessa är bindande om de i strid mot artikel 254.2 EG inte har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Tillämpliga bestämmelser

Relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser angående offentliggörande av eller tillgång till handlingar

Fördragsbestämmelser

2. I artikel 1 andra stycket EU föreskrivs följande:

”Detta fördrag markerar en ny fas i processen för att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken, där besluten skall fattas så öppet och så nära medborgarna som möjligt.”

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, 2002, s. 43).

3. I artikel 254 EG föreskrivs följande:

”1. Förordningar, direktiv och beslut som antas enligt förfarandet i artikel 251[3] skall … offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*. …

2. Rådets och kommissionens förordningar samt dessa institutioners direktiv som är riktade till samtliga medlemsstater skall offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*. …

3. Andra direktiv och beslut skall delges dem som de riktar sig till och bli gällande genom denna delgivning.”

4.I artikel 255 EG föreskrivs följande:”1. Varje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat skall ha rätt till tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar enligt de principer och villkor som skall bestämmas i enlighet med punkterna 2 och 3.

2. Rådet skall, under hänsynstagande till allmänna eller enskilda intressen, inom två år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande i enlighet med förfarandet i artikel 251 fastställa allmänna principer och gränser för rätten till tillgång till handlingar.

3. De institutioner som avses ovan skall i sina arbetsordningar utarbeta särskilda bestämmelser om tillgång till institutionens handlingar.”

Förordningen om tillgång till handlingar

5. I de första fyra skälen anges grunden för förordningen genom hänvisningar till vikten av öppenhet, insyn och ansvar. I första skälet åberopas uttryckligen artikel 1 EU. I andra skälet förklaras att öppenhet ger förvaltningen större legitimitet och är effektivare och har ett större ansvar gentemot medborgarna i ett demokratiskt system. I tredje skälet

3 — Det så kallade medbeslutandeförfarandet.

anges att förordningen ”konsoliderar de initiativ som institutionerna redan tagit för att förbättra öppenheten i beslutsförfarandet”. I fjärde skälet anges förordningens syfte:

”Syftet med denna förordning är att ge allmänhetens rätt till tillgång till handlingar största möjliga effekt och att fastställa allmänna principer och gränser för denna rätt i enlighet med artikel 255.2 [EG].”

6. I artikel 1 a i förordningen om tillgång till handlingar anges att förordningens syfte är

”att fastställa principer, villkor och gränser, under hänsynstagande till allmänna eller enskilda intressen, för rätten till tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens (nedan kallade institutionerna) handlingar i enlighet med artikel 255 i EG-fördraget på ett sätt som garanterar största möjliga tillgång till handlingar”.

7. I artikel 2.1 föreskrivs att ”[v]arje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat skall ha rätt till tillgång till institutionernas handlingar, med beaktande av de principer, villkor och gränser som fastställs i denna förordning”.

8. I artikel 2.3 anges att förordningen ska tillämpas på ”alla handlingar som finns hos en institution, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen, inom samtliga Europeiska unionens verksamhetsområden”. Enligt artikel 2.5 ska ”känsliga handlingar enligt definitionen i artikel 9.1” vara ”föremål för särskild behandling i enlighet med den artikeln”.

9. I artikel 3 a definieras ”handling” som ”allt innehåll, oberoende av medium (på papper eller lagrat i elektronisk form, ljud- och bildupptagningar samt audiovisuella upptagningar) som har samband med den policy, de åtgärder och de beslut som omfattas av institutionens ansvarsområde”.

10. I artiklarna 4 och 9 görs specifika undantag från principen om allmänhetens tillgång till handlingar. I artikel 4 föreskrivs således följande:

”1. Institutionerna skall vägra att ge tillgång till en handling om ett utlämnande skulle undergräva skyddet för

a) det allmänna samhällsintresset i fråga om

— allmän säkerhet,

— försvar och militära frågor,

…”

11. I artikel 9.1 definieras ”känslig handling” som ”en handling som härrör från institutionerna eller organ som har upprättats av dem eller från medlemsstaterna, tredje länder eller internationella organisationer och som i enlighet med den berörda institutionens bestämmelser klassificerats som ’TRÈS SECRET/TOP SECRET’, ’SECRET’ eller ’CONFIDENTIEL’ [sic] och som skyddar Europeiska unionens eller en eller flera av dess medlemsstaters väsentliga intressen på de områden som omfattas av artikel 4.1 a, i synnerhet allmän säkerhet, försvar och militära frågor”. I den återstående delen av artikel 9 föreskrivs bland annat att ansökningar om tillgång till känsliga handlingar ska behandlas enbart av personer som har rätt att befatta sig med sådana handlingar. Dessa personer ska även avgöra vilka hänvisningar till känsliga handlingar som kan göras i det offentliga register för handlingar som föreskrivs i artikel 11. Institutioner som avslår en ansökan om tillgång till sådana handlingar ska motivera sitt beslut, och institutionens bestämmelser om känsliga handlingar ska offentliggöras.

12. I artikel 13 finns följande bestämmelser om offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning*:

”1. Utöver de akter som avses i artikel 254.1 och 254.2 i EG-fördraget … skall följande handlingar offentliggöras i Officiella tidningen, om inte annat följer av artiklarna 4 och 9 i denna förordning:

a) Förslag från kommissionen.

b) Gemensamma ståndpunkter som antagits av rådet enligt förfarandena i artiklarna 251 och 252 i EG-fördraget samt motiveringarna för dessa ståndpunkter och Europaparlamentets ståndpunkter i dessa förfaranden.

…

2. I största möjliga utsträckning skall följande handlingar offentliggöras i Officiella tidningen:

…

c) Andra direktiv än sådana som avses i artikel 254.1 och 254.2 i EG-fördraget, andra beslut än de som avses i artikel 254.1 i EG-fördraget samt rekommendationer och yttranden.

3. …”

Förordning nr 2320/2002

13. I artikel 1 i förordning (EG) nr 2320/2002 [4] förklaras att huvudsyftet med förordningen är att ”införa och genomföra lämpliga gemenskapsåtgärder för att förhindra olagliga handlingar mot den civila luftfarten”.

14. I artikel 4.1 och 4.2 föreskrivs följande:

”1. De gemensamma grundläggande standarderna för åtgärder avseende luftfartsskydd … anges i bilagan.

2. De åtgärder som krävs för att genomföra och tekniskt anpassa dessa gemensamma grundläggande standarder skall antas i enlighet med förfarandet i artikel 9.2, [5] varvid hänsyn skall tas till de olika typerna av verksamhet och till hur känsliga de åtgärder är som avser

a) specifikationer för och acceptansprovning av utrustning,

b) detaljerade förfaranden som innehåller känslig information,

c) detaljerade kriterier för undantag från säkerhetsåtgärder.”

4 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2320/2002 av den 16 december 2002 om införande av gemensamma skyddsregler för den civila luftfarten (EGT L 355, s. 1).

5 — Ett föreskrivande kommittéförfarande.

15. I artikel 6 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen vidta strängare åtgärder än de som fastställs i denna förordning. Så snart som möjligt efter det att dessa åtgärder trätt i kraft skall medlemsstaterna underrätta kommissionen om åtgärdernas innehåll.”

16. I artikel 8 om spridning av information föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar den allmänna rätten till tillgång till handlingar som fastställs i [förordningen om tillgång till handlingar] skall

a) åtgärder som avser

i) specifikationer för och acceptansprovning av utrustning,

ii) detaljerade procedurer som innehåller känslig information,

iii) detaljerade kriterier för undantag från säkerhetsåtgärder,

som avses i artikel 4.2,

…

vara hemliga och inte offentliggöras. De ska endast göras tillgängliga för de myndigheter som avses i artikel 5.2,[6] vilka ska lämna information om dessa endast till berörda parter som behöver få kännedom därom i enlighet med tillämpliga nationella regler för spridning av känslig information.

…”

6 — Myndighet som ska utses av varje medlemsstat.

17. I artikel 12 anges att påföljder vid överträdelse av bestämmelserna i förordningen ska vara ”effektiva, proportionella och avskräckande”.

18. Den bilaga till vilken det hänvisas i artikel 4.1 offentliggjordes på ett korrekt sätt som en del av förordningen. Den innehåller bland annat gemensamma grundläggande bestämmelser om säkerhetskontroll av passagerare (punkt 4.1) och av kabinbagage (punkt 4.3). Alla avresande passagerare ska kontrolleras för att förhindra att förbjudna föremål förs in på behörighetsområden och ombord på luftfartyg. Deras kabinbagage ska kontrolleras innan det får föras in på behörighetsområdet eller ombord på luftfartyget, och alla förbjudna föremål ska tas ifrån passagerarna, eller i förekommande fall ska passageraren nekas tillträde till behörighetsområdet eller till luftfartyget.

Genomförandebestämmelser som kommissionen har antagit

19. I punkt 1.18 i bilagan definieras ”förbjudet föremål” som ”föremål som kan användas för att begå olagliga handlingar och som inte på vederbörligt sätt har deklarerats och inte varit föremål för tillämpliga lagar och föreskrifter”. En vägledande förteckning över sådana förbjudna föremål återfinns i (det offentliggjorda) ”tillägg A” till bilagan, som innehåller riktlinjer för klassificering av förbjudna föremål. Den inledande meningen har följande lydelse: ”Dessa riktlinjer gäller möjliga former på vapen och föremål som omfattas av restriktioner. Sunt förnuft måste dock råda för att avgöra om ett föremål skulle kunna användas som vapen.” ”Påkar: blydaggar, batonger, baseballklubbor eller liknande” förtecknas under punkt iii i tillägget. Punkt vi har följande lydelse: ”Andra föremål: Föremål såsom ispikar, isyxor, rakknivar och långa saxar, även om de inte vanligtvis betraktas som dödliga eller farliga vapen, men som kan användas som ett vapen, inbegripet leksaksvapen och vapenattrapper samt granater.” I punkt vii anges vidare: ”Föremål av vilket som helst slag som rimligtvis kan misstänkas användas för att efterhärma ett dödligt vapen. Detta kan inbegripa men är inte begränsat till föremål som liknar en explosiv anordning eller andra föremål som kan ge intryck av att vara ett vapen eller ett farligt föremål.”

20. I de två första skälen i förordning (EG) nr 622/2003 (nedan kallad förordning nr 622/2003), [7] vilken antagits till genomförande av förordning nr 2320/2002, förklaras

7 — Kommissionens förordning (EG) nr 622/2003 av den 4 april 2003 om åtgärder för att genomföra gemensamma grundläggande standarder avseende luftfartsskydd (EUT L 89, s. 9). Den icke offentliggjorda bilagan har ändrats vid en rad tillfällen, senast genom kommissionens förordning (EG) nr 23/2008 av den 11 januari 2008 (EUT L 9, s. 12). Förordningens lydelse har endast ändrats en gång, genom kommissionens förordning (EG) nr 65/2006 av den 13 januari 2006 (EUT L 11, s. 4), då artikel 3a infördes (angående nya tekniska metoder och processer).

dess utformning och begränsade offentliggörande på följande sätt:

”(1) Kommissionen är skyldig att vidta åtgärder för att genomföra gemensamma grundläggande standarder för åtgärder avseende luftfartsskydd i Europeiska unionen. En förordning är det instrument som är bäst lämpat för det ändamålet.

(2) I enlighet med förordning 2320/2002 och för att förhindra olagliga handlingar [skall] de åtgärder som anges i bilagan till denna förordning... vara hemliga och inte offentliggöras.”

21. I artikel 1 anges att de åtgärder som krävs för att genomföra och tekniskt anpassa de gemensamma grundläggande standarder avseende luftfartsskydd som ska införlivas i nationella säkerhetsprogram för civil luftfart fastställs i förordningen.

22. Artikel 3 innehåller bestämmelser om konfidentialitet. I artikeln anges att de ”åtgärder som avses i artikel 1 beskrivs i bilagan. Åtgärderna skall vara hemliga och skall inte offentliggöras. De skall endast vara tillgängliga för personer som i behörig ordning godkänts av en medlemsstat eller kommissionen.”

23. Senare förordningar om ändring av bilagan till förordning nr 622/2003 innehåller alla, förutom förordning nr 1477/2007, [8] en artikel enligt vilken ”bilagan till förordning (EG) nr 622/2003 ändras i enlighet med bilagan till denna förordning. Artikel 3 i den förordningen skall gälla beträffande denna [9] bilagas konfidentialitet.” [10]

24. I förordning nr 68/2004, [11] som var den första förordningen om ändring av bilagan till

8 — Kommissionens förordning (EG) nr 1477/2007 av den 13 december 2007 (EUT L 329, s. 22).

9 — ”Bilagan” till kommissionens förordning (EG) nr 68/2004 av den 15 januari 2004 (EUT L 10, s. 14).

10 — Skäl 6 i förordning nr 1477/2007 har följande lydelse: ”Åtgärderna i denna förordning hör inte till dem som enligt artikel 8.1 i förordning (EG) nr 2320/2002 ska vara hemliga och inte offentliggörs.” I andra meningen i artikel 1 föreskrivs således att artikel 3 i förordning nr 622/2003 *inte* tillämpas angående den konfidentiella arten av ”denna bilaga”. Förordningens bilaga har i vederbörlig ordning offentliggjorts och har följande lydelse: ”Tillägg 3 ska ersättas med följande: ”Tillägg 3[,] Republiken Singapore[,] Flygplatsen Changi.”” Eftersom resten av bilagan, i strid med vad kommissionen anförde vid förhandlingen, till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) alltjämt inte är offentliggjord kan uttalandet i bilagan till förordning nr 1477/2007 bäst beskrivas som delfiskt.

11 — Detta är den förordning som den hänskjutande domstolen utpekat som den relevanta. Under förhandlingen framkom det att detta berodde på att de ändringar som infördes genom den följande ändringsförordningen (kommissionens förordning (EG) nr 857/2005 av den 6 juni 2005 (EUT L 143, s. 9), den sista ändringen innan den händelse som gav upphov till begäran om förhandsavgörande inträffade) inte ändrade förteckningen över förbjudna föremål i bilagan till förordning nr 622/2003. Nedan i detta förslag till avgörande kommer jag enbart att hänvisa till ”förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse)” som en beteckning på den version av förordning nr 622/2003 som var tillämplig vid den relevanta tidpunkten. Eftersom bilagorna i alla därpå följande förordningar har förblivit (i likhet med den ursprungliga bilagan i förordning nr 622/2003) hemliga har jag inte kunnat kontrollera huruvida förteckningen över förbjudna föremål har ändrats efter den lydelse som infördes genom bilagan i förordning nr 68/2004.

förordning nr 622/2003, anges följande relevanta skäl:

”(2) I enlighet med förordning (EG) nr 2320/2002 och i syfte att förebygga olagliga handlingar bör de åtgärder som fastställs i bilagan till förordning (EG) nr 622/2003 vara hemliga och inte publiceras. Samma bestämmelser gäller för alla ändringar av rättsakter. [12]

(3) Trots detta finns det behov av en harmoniserad förteckning som är tillgänglig för allmänheten och som innehåller de föremål som inte får medföras av passagerare till behörighetsområden och i flygplanskabinen, samt sådana föremål som inte får medföras i luftfartygets lastrum.

(4) En sådan förteckning kan naturligtvis aldrig vara fullständig. Den behöriga myndigheten bör därför ha rätt att förbjuda andra föremål utöver dem som anges i förteckningen. Passagerarna bör lämpligen före och under incheckningen erhålla tydlig information om vilka föremål som är förbjudna.”

25. Trots vad som angavs i tredje och fjärde skälen innehöll den offentliggjorda lydelsen av förordning nr 68/2004 inte någon förteckning över förbjudna föremål som var tillgänglig för allmänheten.

26. Senare förordningar om ändring av bilagan till förordning nr 622/2003 innehöll inga motsvarande skäl förrän förordning nr 1546/2006 [13] antogs, i vilken innehållet i andra, tredje och fjärde skälen i förordning nr 68/2004 sammanfattades i ett enda skäl av följande lydelse:

”(3) I enlighet med förordning (EG) nr 2320/2002, och i syfte att förebygga olagliga handlingar, bör de åtgärder som fastställs i bilagan till förordning (EG) nr 622/2003 vara hemliga och inte offentliggöras. Samma gäller för alla ändringar av rättsakten. Trots detta skall passagerarna få tydlig information om bestämmelser avseende föremål som det inte är tillåtet att medföra ombord.”

12 — En något annorlunda lydelse, men med samma innebörd, användes i tredje skälet i kommissionens förordning (EG) nr 437/2007 av den 20 april 2007 (EUT L 104, s. 16) och sjätte skälet i kommissionens förordning (EG) nr 915/2007 (EUT L 200, s. 3): ”I enlighet med förordning (EG) nr 2320/2002 var de åtgärder som fastställdes i bilagan till förordning (EG) nr 622/2003 hemliga och de offentliggjordes inte. Samma gäller för alla ändringar av rättsakten.”

13 — Kommissionens förordning (EG) nr 1546/2006 av den 4 oktober 2006 (EUT L 286, s. 6).

27. Trots vad som angavs i detta skäl innehöll den offentliggjorda lydelsen av förordning nr 1546/2006 (i likhet med sina föregångare) inte någon förteckning över förbjudna föremål som var tillgänglig för allmänheten. [14]

Riktlinjerna för gemenskapslagstiftningen

28. Den 22 december 1998 träffade Europaparlamentet, rådet och kommissionen ett interinstitutionellt avtal om gemensamma riktlinjer för gemenskapslagstiftningens redaktionella kvalitet. [15] Riktlinjerna är inte rättsligen bindande. [16] Följande återfinns bland de allmänna principer som riktlinjerna innehåller:

”1. Gemenskapslagstiftningens rättsakter skall vara klart, enkelt och exakt formulerade.

…

14 — Det kan vara så att, utifrån vad som anges i skälen, förteckningen över förbjudna föremål ändrades genom bilagan i förordning nr 1546/2006. Jag har inte kunnat kontrollera huruvida så skett.

15 — EGT C 73, s. 1 (nedan kallat det interinstitutionella avtalet om riktlinjer för gemenskapslagstiftningen).

16 — Se skäl 7.

3. Vid utformningen av rättsakter skall dessutom hänsyn tas till de personer som rättsakterna kommer att gälla, så att de på ett otvetydigt sätt kan få kunskap om sina rättigheter och skyldigheter …

…

10. Syftet med skälen i ingressen är att ge en kortfattad motivering för de grundläggande bestämmelserna i den normativa delen... Skälen i ingressen ska inte innehålla några bestämmelser av normativ karaktär … [17]

22. Rättsaktens tekniska delar ska införas i bilagorna, till vilka hänvisning i varje enskilt fall ska ske i den normativa delen av rättsakten. Bilagorna får således inte innehålla några nya rättigheter eller skyldigheter som inte fastställs i den normativa delen.”

17 — Se även domen av den 12 juli 2005 i de förenade målen C-154/04 och C-155/04, Alliance for Natural Health (REG 2005, s. I-6451), punkt 92, med hänvisningar till det interinstitutionella avtalet om riktlinjer för gemenskapslagstiftningen.

Förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

29. Den 25 september 2005 gick Dr Heinrich, efter att ha checkat in, till säkerhetskontrollen på flygplatsen Wien-Schwechat. I hans kabinbagage fanns tennisracketar. Eftersom dessa ansågs vara förbjudna föremål [18] tilläts han inte passera säkerhetskontrollen. Han förefaller ändå ha gått ombord på planet med tennisracketarna i sitt kabinbagage. [19] Säkerhetspersonal beordrade honom därefter att lämna planet.

30. Dr Heinrich väckte talan vid den hänskjutande domstolen, som påpekar att personer som för med sig föremål som är förbjudna enligt den förteckning som anges i bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) inte får passera säkerhetskontrollen eller gå ombord på planet, och om de gör det ska de drabbas av ”effektiva, proportionella och avskräckande” sanktioner enligt artikel 12 i förordning nr 2320/2002. Den hänskjutande domstolen anser därför att bestämmelserna i bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) inte enbart riktar sig till statliga organ utan även till enskilda, vilka ska grunda sitt uppträdande på förordningens bestämmelser. Detta har emellertid omöjliggjorts av att bilagan till förordning nr 622/2003, i dess lydelse enligt förordning nr 68/2004, inte offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* och därför inte är tillgänglig för allmänheten.

31. Enligt den hänskjutande domstolen utgör underlåtenheten att offentliggöra förordningar (eller delar av dem) i *Europeiska unionens officiella tidning*, i strid med vad som föreskrivs i artikel 254.1 och 254.2 EG, ett så allvarligt åsidosättande av rättssäkerheten att sådana förordningar är att anse som nulliteter och således inte bindande. Den har hänvisat till artikel 42 i Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter, i vilken det hänvisas till betydelsen av ”tillgång till lagstiftning”.

32. Den hänskjutande domstolen anser vidare att förordningen om tillgång till handlingar inte kan åberopas för att begränsa rätten att ta del av handlingar som är rättsligt bindande för enskilda och som, av bland annat denna anledning, ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.

18 — Tennisracketar har inte i sig upptagits i (den offentliggjorda) bilagan till förordning nr 2320/2002, även om vad som anges i punkterna iii, vi och vii kan utgöra en indikation på att de kan användas som vapen och därför också ska vara förbjudna.

19 — Jag anger ingen uppfattning angående huruvida Dr Heinrichs åtgärd att gå ombord på planet efter det att han stoppats i säkerhetskontrollen utgjorde en särskild (försvårande) handling eller om den ska bedömas som en del av frågan huruvida det var tillåtet för honom att gå ombord på planet med sina tennisracketar. Det är en fråga för den nationella domstolen.

33. Den hänskjutande domstolen har därför beslutat att ställa följande tolkningsfrågor till EG-domstolen för förhandsavgörande:

”1. Ska med handlingar, i den mening som avses i artikel 2.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, också förstås sådana rättsakter som enligt artikel 254 EG skall offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*?

2. Är förordningar, eller delar av förordningar, bindande när de – i strid med föreskrifterna i artikel 254.2 EG – inte har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*?”

34. Skriftliga yttranden har ingetts av Tjeckiens, Finlands, Frankrikes, Tysklands, Greklands, Ungerns, Polens och Sveriges regeringar, samt av rådet och kommissionen.

35. Vid förhandlingen den 13 november 2007 yttrade sig de regeringar som lämnat skriftliga yttranden (förutom Frankrikes, Tysklands och Ungerns regeringar). Dessutom närvarade och yttrade sig Österrikes, Danmarks och Förenade kungarikets regeringar samt Europaparlamentet. [20]

Upptagande till sakprövning

36. Olika medlemsstater har, av olika skäl som delvis sammanfaller, gjort gällande att begäran om förhandsavgörande helt eller delvis ska avvisas.

37. Frankrikes, Tysklands och Förenade kungarikets regeringar har anfört att eftersom den hänskjutande domstolen varken har angett på vilka villkor Dr Heinrich väckt talan eller vad som är dess syfte är det omöjligt att avgöra huruvida ett svar på tolkningsfrågorna är nödvändigt för att avgöra målet vid den nationella domstolen. Frankrikes regering har vidare anfört att den första frågan ska avvisas eftersom tillämpningen av förordningen om tillgång till handlingar inte omfattas av nationella domstolars behörighet, och att den andra frågan ska avvisas eftersom de österrikiska myndigheterna i alla händelser är behöriga att förbjuda föremål från att tas

20 — Dr Heinrich var närvarande vid förhandlingen men företräddes inte av ombud och yttrade sig inte.

ombord på planet. Den nationella domstolen har inte ställt den enda fråga som är relevant, nämligen huruvida de relevanta nationella bestämmelserna är förenliga med förordning nr 2320/2002. Tysklands regering har anfört att den rättsliga grunden för de omtvistade åtgärderna återfinns i österrikisk rätt, och inte i de förordningar som den nationella domstolen hänvisat till. Den nationella domstolen har inte förklarat hur en ogiltigförklaring av dessa förordningar kan påverka de relevanta nationella bestämmelsernas giltighet.

38. Sveriges regering, som inte uttryckligen har gjort gällande att begäran om förhandsavgörande ska avvisas, har ändå ifrågasatt huruvida underlåtenheten att offentliggöra bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) var direkt relevant för Dr Heinrichs möjligheter att avgöra vilka rättsliga skyldigheter han hade. Förenade kungarikets regering ifrågasatte vid förhandlingen huruvida underlåtenheten att offentliggöra bilagan är relevant för avgörandet av målet vid den nationella domstolen. Den anförde att Dr Heinrich skulle ha kunnat erhålla nödvändig information från Internet, i synnerhet från ett pressmeddelande från kommissionen [21] eller från webbplatser för flygplatser eller flygbolag, och påpekade att en sådan förteckning av förbjudna föremål fanns på Austrian Airlines webbplats. [22]

21 — Kommissionens pressmeddelande IP/04/59 av den 16 januari 2004, tillgänglig via Internet: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/59&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en. Tennisracketar upptas *inte* som ett förbjudet föremål i den förteckningen. Utan att ha tillgång till den hemliga bilagan kan det emellertid inte sägas huruvida förteckningen i pressmeddelandet exakt återger förteckningen över förbjudna föremål i denna bilaga.

22 — Det framgår emellertid av handlingarna i målet vid den nationella domstolen att Dr Heinrich inte flög med Austrian Airlines.

39. Dessa argument ska bemötas.

40. Det framgår av fast rättspraxis att det krävs att den nationella domstolen klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs, eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor, för att domstolen ska kunna komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen. [23]

41. De uppgifter som lämnas i begäran om förhandsavgörande ska också ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter en möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga. Domstolen har vid upprepade tillfällen fastslagit att det åligger domstolen att se till att denna möjlighet finns, eftersom det enligt nyssnämnda bestämmelse endast är begäran om förhandsavgörande som delges de berörda parterna. [24]

42. Det är riktigt att det inte förklaras i begäran om förhandsavgörande vad som är Dr Heinrichs syfte med att väcka talan. Kärnan i hans talan framgår emellertid tydligt. Dr Heinrich har anfört att han inte informerats om att tennisracketar var

23 — Se dom av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse (REG 2006, s. I-2843), punkt 17 och där angiven rättspraxis.

24 — Se domen i målet Enirisorse (ovan fotnot 23), punkt 18 och där angiven rättspraxis.

förbjudna föremål i kabinbagage och att han skulle bestraffas (och nekas rätten att gå ombord på planet) om han försökte ta med dem ombord i planets passagerarutrymme. Han har gjort gällande att de säkerhetsvakter som kom ombord på planet och tvingade honom att lämna det därmed uppträdde rättsstridigt. [25]

43. Det framgår av den nationella domstolens handlingar att nationella myndigheter, både i utbyte av e-postmeddelanden med Dr Heinrich och vid den nationella domstolen, hänvisade till gemenskapsrätt i form av förordningarna nr 2320/2002 och nr 622/2003 (i ändrad lydelse) som grund för att (i nationell rätt) klassificera tennisracketar som förbjudna föremål. [26]

44. Dr Heinrich åberopade därför vid den nationella domstolen att bilagan till förordning nr 622/2003 (i dess lydelse enligt förordning nr 68/2004) inte hade offentliggjorts.

45. Det framgår av de skriftliga och muntliga yttrandena vid domstolen att den information som lämnats i begäran om förhandsavgörande har gjort det möjligt för parterna att lämna meningsfulla synpunkter på tolkningsfrågorna. [27] Relevanta delar av ytterligare information som återfanns i den nationella domstolens handlingar sammanfattades i förhandlingsrapporten, och har således kommit till parternas kännedom inför förhandlingen, där de hade möjlighet att ytterligare utveckla sina synpunkter. [28]

46. Enligt min mening har den hänskjutande domstolen uppfyllt sin skyldighet att förse domstolen med tillräckliga upplysningar angående tvistens faktiska och rättsliga bakgrund för att den ska kunna tolka de aktuella gemenskapsrättsliga bestämmelserna med avseende på den situation som gett upphov till tvisten vid den nationella domstolen. Begäran om förhandsavgörande ska således inte avvisas på denna grund. [29]

47. Vad gäller tolkningsfrågornas relevans framgår det av fast rättspraxis att det inom ramen för det samarbete som förfarandet enligt artikel 234 EG utgör uteslutande ankommer på den nationella domstol, vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken

25 — Dr Heinrich har själv inte inkommit med något skriftligt yttrande eller yttrat sig vid förhandlingen. De omständigheter han skriftligen redogjort för i målet vid den nationella domstolen (vilka finns i den nationella domstolens akt som lämnats till domstolens kansli) visar emellertid, om de anses styrkta, att rättssäkerheten åsidosatts i betydande mån.

26 — Det har inte ställts någon fråga om tolkningen eller giltigheten av förordning nr 2320/2002.

27 — Dom av den 21 september 2000 i mål C-109/99, ABBOI (REG 2000, s. I-7247), punkt 44.

28 — Se även domen i målet ABBOI (ovan fotnot 27), punkt 45 och där angiven rättspraxis.

29 — Se återigen domen i målet ABBOI (ovan fotnot 27), punkterna 46 och 47.

som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten. [30] Frågor om gemenskapsrättens tolkning ska således presumeras vara relevanta. [31]

48. Visserligen kan domstolen i undantagsfall pröva de omständigheter som föranlett den nationella domstolen att begära förhandsavgörande för att avgöra huruvida EG-domstolen är behörig att besvara tolkningsfrågorna. En begäran från en nationell domstol kan emellertid bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EG-domstolen inte förfogar över de uppgifter om sakförhållandena eller de rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna besvara frågorna på ett ändamålsenligt sätt. [32]

49. Den första frågan har ställts för att den hänskjutande domstolen anser att underlåtenheten att offentliggöra bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) grundas på artikel 8 i förordning nr 2320/2002, där det föreskrivs att vissa kategorier av flygsäkerhetsåtgärder inte ska offentliggöras, ”utan att det påverkar” rätten till tillgång till handlingar enligt förordningen om tillgång till handlingar. Den hänskjutande domstolen vill veta om den senare kan åberopas för att motivera en underlåtenhet att offentliggöra handlingar vilka enligt uttryckliga fördragsbestämmelser ska offentliggöras. Den nationella domstolen har därför behov av vägledning rörande tolkningen av förordningen om tillgång till handlingar för att kunna avgöra målet vid denna.

50. Den andra frågan föranleds av den nationella domstolens tvivel avseende huruvida gemenskapsrättsliga bestämmelser som inte offentliggjorts men som ändå, enligt denna domstol, medför skyldigheter för enskilda är bindande. Enligt min mening medför konceptet ”bindande” att det är nödvändigt att pröva såväl huruvida förordning nr 622/2003 medför skyldigheter för enskilda som huruvida den är giltig eller en nullitet. Den nationella domstolen har således, i enlighet med dess skyldighet enligt rättsfallet Foto-Frost, [33] beslutat hänskjuta den andra frågan till domstolen för förhandsavgörande.

30 — Se, bland annat, dom av den 18 juli 2007 i mål C-119/05, Lucchini (REG 2007, s. I-6199), punkt 43 och där angiven rättspraxis, och av den 15 november 2007 i mål C-162/06, International Mail Spain (REG 2007, s. I-9911), punkt 23.

31 — Se, bland annat, dom av den 7 september 1999 i mål C-355/97, Beck och Bergdorf (REG 1999, s. I-4977), punkterna 22–24, av den 5 december 2006 i de förenade målen C-94/04 och C-202/04, Cipolla (REG 2006, s. I-11421), punkt 25, och av den 8 november 2007 i mål C-379/05, Amurta (REG 2007, s. I-9569), punkt 64.

32 — Se domen i målet Amurta (ovan fotnot 31), punkt 64 och där angiven rättspraxis.

33 — Dom av den 22 oktober 1987 i mål 314/85, Foto-Frost (REG 1987, s. 4199; svensk specialutgåva, volym 9, s. 233), punkterna 17–20, där principerna att enbart EG-domstolen får förklara en gemenskapsåtgärd ogiltig fastslogs.

51. Domstolen har inte tillgång till den icke offentliggjorda bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse). Såvitt jag kunnat bedöma har inte heller den nationella domstolen det. Ingen av domstolarna kan därför pröva huruvida tennisracketar specifikt nämns i förteckningen över förbjudna föremål i bilagan eller huruvida det finns andra fakultativa eller obligatoriska bestämmelser i bilagan som kan påverka målets utgång. [34] Ingen av domstolarna kan därför säkert fastställa huruvida förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) genom dess bilaga medför skyldigheter för enskilda och, om så är fallet, vad dessa i så fall närmare innebär.

52. Såsom jag ovan framhållit är emellertid kärnan i detta mål att de nationella myndigheterna förefaller att inför den nationella domstolen stödja sig på icke offentliggjord gemenskapslagstiftning, vars giltighet och existens kan ifrågasättas just *av det skälet* att den inte offentliggjorts. EG-domstolen kan pröva huruvida underlåtenheten att offentliggöra lagstiftningen ger upphov till dessa konsekvenser utan att ta del av bilagans innehåll. För det fall att EG-domstolen skulle fastslå att denna lagstiftning är ogiltig eller en nullitet kommer även den nationella domstolens behov av att undersöka dess innehåll att undanröjas.

34 — Den omständigheten att kommissionen utfärdade ett pressmeddelande (se fotnot 21) med en förteckning över förbjudna föremål (i vilken tennisracketar inte upptagits) är intressant men irrelevant i detta avseende. Domstolen fastslog nyligen i dom av den 11 december 2007 i mål C-161/06, Skoma-Lux (REG 2007, s. I-10841), punkterna 47–50, att ”offentliggörande” av en förordning på webbplatsen EUR-Lex inte uppfyller kraven i artikel 254 EG (se vidare punkterna 88 och 89 nedan). I än mindre grad kan utfärdandet av ett pressmeddelande på ett begränsat antal av unionens officiella språk (engelska, franska och tyska) anses vara tillräckligt, och det tillgodoser heller inte kraven på rättssäkerhet.

53. Härav följer att tolkningsfrågorna ska upptas till sakprövning.

Bedömning

Inledande anmärkningar

54. I fördraget föreskrivs att åtgärder som är avsedda att medföra bindande rättsverkningar ska offentliggöras eller delges, och att det ska finnas en rätt till tillgång till gemenskapsinstitutionernas handlingar. Dessa separata frågor behandlas i fördraget i två varandra näraliggande och kompletterande bestämmelser.

55. I artikel 254 EG anges de bestämmelser enligt vilka gemenskapens rättsakter ska göras kända för dem de berör och som ska säkerställa en lämplig grad av obligatorisk kommunikation – antingen offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning* eller delgivning – för bindande rättsakter. De rättsakter som anges i artikel 254.1 EG och 254.2 EG ska, obligatoriskt, offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*, i syfte att största möjliga antal människor ska vara medvetna om deras innehåll. De rättsakter av mindre allmän betydelse som

anges i artikel 254.3 EG – andra direktiv än de som riktar sig till alla medlemsstater och beslut – ska delges den de berör men behöver inte alltid göras allmänt kända genom offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning*.

56. Om det anses önskvärt att i intresset av insyn och öppenhet i styret göra andra typer av handlingar som *inte* omfattas av kraven på offentliggörande i artikel 254.1 och 254.2 allmänt tillgängliga måste andra (ytterligare) mekanismer inrättas.

57. I artikel 255 EG klargörs att så ska ske. Där föreskrivs att ”[v]arje unionsmedborgare och varje fysisk eller juridisk person som är bosatt eller har sitt säte i en medlemsstat skall ha rätt till tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar”, och ger rådet och varje institution behörighet att bestämma de allmänna principer respektive specifika bestämmelser som ska gälla för denna tillgång till handlingar.

58. I förordningen om tillgång till handlingar fastställs ”under hänsynstagande till allmänna eller enskilda intressen... allmänna principer och gränser för rätten till tillgång till handlingar”. [35] Den grundas därvid uttryckligen på artikel 255 EG [36] och följer de strukturella indikationer som angetts i denna fördragsbestämmelse. Sålunda anges först dess syfte, vilket är att säkerställa ”största möjliga tillgång till handlingar”, att fastställa bestämmelser som garanterar att ”det blir så enkelt som möjligt att utöva denna rätt” och ”att främja goda förvaltningsrutiner när det gäller tillgång till handlingar”. [37] Detta kan endast innebära att säkerställa tillgång till vad som annars *inte* skulle vara offentligt. Sekundärrätt som antas med stöd av artikel 255 EG är inte nödvändig för att erhålla ”tillgång” till handlingar som är föremål för obligatoriskt offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 254.1 EG och 254.2 EG. [38]

59. Skyldigheten att offentliggöra handlingar grundas således direkt på artikel 254.1 EG och 254.2 EG. Detta gäller oavsett huruvida en förordning (normalt i tryckt eller elektronisk form) [39] ska anses utgöra en ”handling” i den mening som avses i förordningen om tillgång till handlingar.

60. Det är därför lämpligt att besvara tolkningsfrågorna i omvänd ordning.

35 — Artikel 255.2 EG.

36 — Se den rättsliga grunden, fjärde skälet och artikel 1 a.

37 — Artikel 1 a, 1 b respektive 1 c.

38 — Jämför förstainstansrättens beslut av den 27 oktober 1999 i mål T-106/99, Meyer mot kommissionen (REG 1999, s. II-3273). ”Syftet med beslut 94/90 [en föregångare till förordningen om tillgång till handlingar] är inte att, genom att upprätta en rätt till tillgång till handlingar som kommissionen måste iaktta, göra handlingar tillgängliga för allmänheten, vilka redan är tillgängliga på grund av att de offentliggjorts i Officiella tidningen” (punkt 39).

39 — När det gäller otillräckligheten av offentliggörande i elektronisk form, se domen i målet Skoma-Lux (ovan fotnot 34), punkterna 47–50.

Den andra frågan

61. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida förordningar eller delar av dessa är bindande när de, i strid med vad som föreskrivs i artikel 254.2 EG, inte offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Vad krävs för att en förordning ska anses offentliggjord?

62. Artikel 254.1 EG och 254.2 EG är tämligen otvetydiga:

”1. Förordningar … skall … offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*. …

2. Rådets och kommissionens förordningar … skall offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.”

63. Det följer av fördraget och av vad jag har anfört i mina inledande anmärkningar att skyldigheten att offentliggöra förordningar enligt dessa bestämmelser är otvetydig och undantagslös.

64. En bilaga utgör en integrerad del av en lagstiftningsåtgärd. En motsatt inställning skulle göra det möjligt för dess upphovsmän att undvika villkoren i artikel 254 EG genom att helt enkelt placera materiella bestämmelser i en icke offentliggjord bilaga. Detta är just vad kommissionen försökt göra i detta fall. De offentliggjorda bestämmelserna i förordning nr 622/2003 är endast ett skelett. [40] Läsaren kan inte fastställa förordningens verkningar utan att ta del av bilagan, eftersom denna innehåller förordningens samtliga materiella bestämmelser. [41]

65. Förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) är anmärkningsvärt kortfattad i den förklaring som ges till att använda en förordning och ändå placera materiella bestämmelser i en

40 — De innehåller, i ordningsföljd, förordningens syfte (artikel 1), två definitioner (artikel 2), hänvisningen till bilagan som ska vara hemlig (artikel 3), en behörighetsgivande bestämmelse angående användningen av nya tekniska metoder och processer (artikel 3a), ett krav på anmälan när medlemsstaterna enligt artikel 4.3 i förordning nr 2320/2002 tillämpar nationella säkerhetsåtgärder på mindre flygplatser i stället för de åtgärder som anges i förordningen (artikel 4), ett liknande krav på anmälan när kompensationsåtgärder vidtas då säkerhetskontrollerade passagerare och ankommande passagerare inte kan hållas åtskilda (artikel 5) och den normala bestämmelsen om ikraftträdande och direkt tillämplighet (artikel 6).

41 — Nämligen ”de åtgärder som krävs för att genomföra och tekniskt anpassa de gemensamma grundläggande standarder avseende luftfartsskydd som ska införlivas i nationella säkerhetsprogram för civil luftfart”; se artikel 1, till vilken artikel 3 hänvisar. Den teknik som här använts förefaller utgöra ett klart åsidosättande av punkt 22 i det interinstitutionella avtalet om lagstiftning, enligt vilket det inte är tillåtet att i en bilaga ta in nya rättigheter eller skyldigheter som inte angetts i de materiella bestämmelserna.

icke offentliggjord bilaga, och inte i själva förordningen. I dess skäl anges utan omsvep att en ”förordning är det instrument som är bäst lämpat för … ändamålet” [42] att vidta åtgärder från kommissionens sida för att genomföra gemensamma grundläggande standarder för åtgärder avseende luftfartsskydd i Europeiska unionen, utan att det ges någon förklaring till varför det skulle vara så. Motiveringen till att placera alla materiella bestämmelser i en icke offentliggjord bilaga är likaledes kort. Det sägs att detta är i ”enlighet med förordning 2320/2002 och för att förhindra olagliga handlingar”. [43] Det är svårt att förena något av detta med de riktlinjer som anges i det interinstitutionella avtalet om riktlinjer för gemenskapslagstiftningen. [44] Med detta sagt, ska det framhållas att en mer utförlig motivering ändå inte skulle ha varit tillräcklig för att förordningen skulle kunna undantas från kravet på fullständigt offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning*.

66. Såsom Europaparlamentet anförde vid förhandlingen innefattar kommissionens inställning en grundläggande absurditet. Om kommissionen ansåg att det enligt artikel 8 i förordning nr 2320/2002 krävdes att förteckningen över förbjudna föremål skulle vara hemlig var offentliggörandet av pressmeddelandet [45] en flagrant överträdelse av den bestämmelsen. Om kommissionen å andra sidan ansåg att förteckningen över förbjudna föremål inte omfattades av artikel 8, skulle den naturligtvis ha offentliggjort den i *Europeiska unionens officiella tidning*. De grundläggande ”riktlinjerna” angående vilka slags föremål som ska förbjudas anges i (det offentliggjorda) tillägget till (den offentliggjorda) bilagan till förordning nr 2320/2002. Det är därför svårt att förstå den logik som ligger till grund för att *inte* offentliggöra vad som (får antas) utgör en mer utvecklad version av denna förteckning. Slutligen är det en självmotsägelse att i skälen i förordning nr 68/2004 (enligt min mening helt korrekt) ange att det ”finns … behov av en harmoniserad förteckning som är tillgänglig för allmänheten”, [46] och sedan underlåta att ge offentlighet åt en sådan förteckning.

67. Ett offentliggörande av detta skelett utan det materiella innehållet var därför ett felaktigt och inadekvat offentliggörande som inte uppfyller villkoren i artikel 254.2 EG.

42 — Skäl 1.

43 — Skäl 2.

44 — Se det interinstitutionella avtalet om lagstiftning, riktlinjerna 1, 3 och 22. Angående betydelsen av det avtalet, se generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande inför domen i målet Alliance for Natural Health (ovan fotnot 17), punkt 88. I den mer detaljerade ”Gemensam praktisk handledning – Europaparlamentets, rådets och kommissionens gemensamma praktiska handledning för personer som deltar i utformningen av lagtexter inom gemenskapens institutioner” (GPH, tillgänglig på Internet: http://eur-lex.europa.eu/sv/techleg/1.htm) påpekas betydelsen av att ange klara och relevanta skäl, särskilt bestämmelser som kan innebära skada för vissa berörda. Se särskilt GPH, riktlinjerna 10 (särskilt 10.14), 18 och 22.

45 — Se fotnot 21

46 — Skäl 3 i förordning nr 68/2004. I skäl 4 anges att en ”sådan förteckning kan naturligtvis aldrig vara fullständig. Den behöriga myndigheten bör därför ha rätt att förbjuda andra föremål utöver dem som anges i förteckningen.” Därefter följer direkt att ”[p]assagerarna... lämpligen före och under incheckningen [bör] erhålla tydlig information om vilka föremål som är förbjudna”.

De rättsliga konsekvenserna av att en förordning inte har offentliggjorts

— Icke offentliggjorda åtgärder får inte genomföras till nackdel för enskilda

68. Om domstolen beslutar att, i motsats till vad jag ska föreslå,[47] inte pröva huruvida förordningen är giltig ska jag ändå påminna om att enligt fast rättspraxis kan inte gemenskapens rättsakter medföra skyldigheter för allmänheten om de inte har offentliggjorts.

69. Domstolen har i flera sammanhang slagit fast att ”rättssäkerhetsprincipen kräver att en gemenskapsrättslig reglering möjliggör för dem som berörs därav att få kännedom om den exakta omfattningen av sina skyldigheter enligt regleringen”[48] och att ”enskilda på ett otvetydigt sätt kan få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och vidta åtgärder i enlighet därmed”.[49]

70. Varken denna domstol eller den hänskjutande domstolen har tagit del av den hemliga bilagan. Ingen av domstolarna kan därför säga huruvida och i så fall i vilken omfattning förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) har påverkat Dr Heinrich. Domstolarna vet endast att nationella myndigheter har angett förordning nr 622/2003 (tillsammans med förordning nr 2320/2002) som den rättsliga grunden för sina åtgärder när de nekade Dr Heinrich att gå ombord.

71. Om domstolen endast skulle pröva huruvida förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) medför skyldigheter för enskilda, föreslår jag att den begränsar sig till att abstrakt fastslå att den hemliga bilagan inte kan utgöra grunden för *några* skyldigheter för enskilda.

72. Låt mig kortfattat ange vilka handlingsmöjligheter domstolen har om den beslutar sig för att gå längre än till ett sådant abstrakt uttalande och pröva huruvida bilagan i förordning nr 622/2003 faktiskt är avsedd att medföra skyldigheter för enskilda.

73. Enligt min mening finns det tre möjligheter såvitt gäller rättsliga grunder för de åtgärder som vidtagits mot Dr Heinrich:

47 — Punkterna 78–110 nedan.

48 — Se dom av den 1 oktober 1998 i mål C-209/96, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1998, s. I-5655), punkt 35, av den 20 maj 2003 i mål C-108/01 Consorzio del Prosciutto di Parma and Salumificio S. Rita (REG 2003, s. I-5121), punkt 89, av den 21 februari 2006 i mål C-255/02, Halifax m.fl. (REG 2006, s. I-1609), punkt 72, och av den 21 juni 2007 i mål C-158/06, ROM-projecten (REG 2007, s. I-5103), punkt 25.

49 — Se dom av den 13 februari 1996 i mål C-143/93, Van Es Douane Agenten (REG 1996, s. I-431), punkt 27, och av den 26 oktober 2006 i mål C-248/04, Koninklijke Coöperatie Cosun (REG 2006, s. I-10211), punkt 79. Se även, till exempel, dom av den 25 januari 1979 i mål 98/78, Racke (REG 1979, s. 69; svensk specialutgåva, volym 4, s. 275), punkt 15, och domen i målet ROM-projecten (ovan fotnot 48), punkt 25.

(a) Åtgärderna grundades på egen nationell behörighet eller på förordning nr 2320/2002, vars artikel 6 ger medlemsstaterna tämligen omfattande behörighet. Om så är fallet saknar förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) betydelse för målet vid den nationella domstolen.

(b) Åtgärderna grundades på nationell behörighet som i sin tur härleds endast från, eller kringgärdas av, bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse), utan vilken de inte skulle ha varit giltiga. I sådant fall står och faller förbudet mot att ta ombord tennisracketar på luftfartyg med förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse).

(c) Åtgärderna utgjorde en direkt tillämpning av bestämmelserna i bilagan. Följderna för förbudet mot tennisracketar är i så fall desamma som angetts i punkt (b).

74. Utan att ha tillgång till den icke offentliggjorda bilagan i förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) är det omöjligt för domstolen att dra någon slutsats angående vilket av dessa alternativ som är det korrekta.

75. Förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) är en genomförandeförordning som kommissionen utfärdat med stöd av artikel 4.2 i förordning nr 2320/2002, i enlighet med det förfarande som anges i artikel 9.2 i denna. Den ska (förmodligen) tolkas tillsammans med artikel 4.1, bilagan och tillägget till bilagan i den förordningen. I punkt 4 i bilagan anges att passagerare som har förbjudna föremål ska fråntas dessa eller vägras tillträde till säkerhetsområdet eller luftfartyget, efter vad som bedöms lämpligt. I tillägget anges riktlinjer angående vad som ska anses utgöra förbjudna föremål. Det förefaller sannolikt att den faktiska förteckningen över förbjudna föremål, tillsammans med mer detaljerade överväganden angående vad som ska anses utgöra förbjudna föremål (och varför) samt varje uttryckligt eller underförstått bemyndigande på gemenskapsnivå av ytterligare åtgärder återfinns samtliga i bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse). Enligt artikel 12 i förordning nr 2320/2002 ska medlemsstaterna säkerställa att sanktioner för överträdelser av förordningen är ”effektiva, proportionerliga och avskräckande”.

76. Mot denna bakgrund förefaller det mig sannolikt att förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) medför skyldigheter för enskilda. Detta är emellertid endast en spekulation. Frågan kan endast avgöras med tillgång till bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse).

77. Jag anser därför att domstolen inte kan avgöra huruvida bilagan i förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) medför skyldigheter för enskilda utan att begära att få ta del av bilagan och återuppta det muntliga förfarandet. Jag föreslår att domstolen inte ska göra det.

— Giltigheten av förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse)

78. Den andra frågan medför inte uttryckligen att frågan om ogiltighet aktualiseras. Det framgår emellertid av begäran om förhandsavgörande att den nationella domstolen hyser allvarliga tvivel avseende den bindande verkan av förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse), och att dessa tvivel föranlett begäran om förhandsavgörande. [50]

79. Mot denna bakgrund är domstolen behörig att pröva huruvida den ifrågavarande gemenskapsåtgärden är giltig. [51] Även om det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma relevansen av de frågor som ställs, är det dock förbehållet domstolen att ”bland alla de omständigheter som den nationella domstolen anfört välja ut de delar av gemenskapsrätten som med hänsyn till föremålet för tvisten kräver tolkning eller bedömning av giltigheten”. [52]

80. Jag ska därför övergå till frågan om huruvida underlåtenhet att offentliggöra en förordning påverkar dess giltighet.

81. I domen i målet Opel Austria [53] fastslog förstainstansrätten att en avsiktlig antedatering av den utgåva av *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* i vilken den omtvistade förordningen har offentliggjorts, med den påföljden att förordningen trädde i kraft innan den offentliggjordes, innebar ett åsidosättande av rättssäkerheten. [54] Förordningen ogiltigförklarades därför.

82. Domstolen har vid upprepade tillfällen fastslagit att rättssäkerhetsprincipen generellt förhindrar att en gemenskapsåtgärd medför rättsverkningar innan den offentliggjorts, med det tillägget att det dock ”i undantagsfall”

50 — Se punkterna 31 och 50 ovan.

51 — Se dom av den 1 december 1965 i mål 16/65, Schwarze (REG 1965, s. 877, på s. 886; svensk specialutgåva, volym 1, s. 227), av den 3 februari 1977 i mål 62/76, Strehl (REG 1977, s. 211; svensk specialutgåva, volym 3, s. 291), och av den 15 oktober 1980 i mål 145/79, SA Roquette Frères (REG 1980, s. 2917; svensk specialutgåva, volym 5, s. 325), punkterna 6 och 7.

52 — Domen i det ovannämnda målet SA Roquette Frères, punkt 7.

53 — Dom av den 22 januari 1997 i mål T-115/94, Opel Austria mot rådet (REG 1997, s. II-39).

54 — Punkterna 127–133. Se även punkt 124 i allmänhet om rättssäkerhetsprincipen, enligt vilken i synnerhet bestämmelser som innebär negativa följder för enskilda ska vara klara och precisa, och deras tillämpning ska vara förutsebar för dem till vilka de riktas (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 15 december 1987 i mål 325/85, Irland mot kommissionen (REG 1987, s. 5041), domen i målet Van Es Douane Agenten (ovan fotnot 49), punkt 27, dom av den 15 februari 1996 i mål C-63/93, Duff m.fl. (REG 1996, s. I-569), punkt 20, och av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, VEMW m.fl. (REG 2005, s. I-4983), punkt 80).

kan förhålla sig annorlunda om det eftersträvade målet så kräver och om de berördas berättigade förväntningar vederbörligen tillgodoses. [55] Det finns således ett begränsat stöd för att gemenskapens lagstiftning kan medföra rättsverkningar även när den inte har offentliggjorts. [56]

83. Dessa avgöranden rörde ett försenat offentliggörande. [57] I förevarande mål var bilagan aldrig avsedd att offentliggöras. Vad förstainstansrätten anförde i domen i det ovannämnda målet Opel Austria förefaller därför av än starkare skäl göra sig gällande. Vidare har två villkor angetts i de fall där domstolen har godtagit retroaktivitet, nämligen att det mål som eftersträvas ska kräva detta och att berördas berättigade förväntningar vederbörligen tillgodoses. [58] Det är svårt att se hur något av dessa villkor skulle kunna sägas vara uppfyllda i förevarande mål.

84. Domstolens dom i målet Sevince [59] är inte relevant i förevarande mål. I den domen fastslog domstolen att underlåtenheten att offentliggöra besluten nr 2/76 och nr 1/80 av det genom associeringsavtalet mellan EEG och Turkiet inrättade associeringsrådet inte förhindrade att dessa bestämmelser kunde ha direkt effekt som enskilda kunde åberopa. [60] Det finns emellertid inte någon skyldighet vare sig i artikel 254 EG eller i associeringsavtalet mellan EEG och Turkiet [61] att offentliggöra sådana rättsakter. [62]

85. Rättspraxis angående skyldigheten enligt artikel 254.3 EG att delge beslut (riktade till enskilda) till dem de berör kan emellertid tjäna till ledning, eftersom den skyldigheten kan anses utgöra den funktionella motsvarigheten till skyldigheten att offentliggöra enligt artikel 254.1 EG och 254.2 EG. Syftet med båda dessa krav är att de som berörs av rättsregler ska informeras om deras innehåll.

55 — Se, bland annat, dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl. (REG 1990, s. I-4023), punkt 45, av den 2 oktober 1997 i mål C-259/95, parlamentet mot rådet (REG 1997, s. I-5303), punkt 21, och av den 28 november 2006 i mål C-413/04, parlamentet mot rådet (REG 2006, s. I-11221), punkt 75.

56 — Se domen i målet Racke (ovan fotnot 49), punkt 20, dom av den 25 januari 1999 i mål 99/78, Decker (REG 1979, s. 101), punkt 8 (båda angående monetära utjämningsbelopp för vinhandeln), och dom av den 21 februari 1991 i de förenade målen C-143/88 och C-92/89, Zuckerfabrik (REG 1991, s. I-415; svensk specialutgåva, volym 11, s. 19), punkt 52 (avgift för sockerproducenter för ett föregående regleringsår). Se även ”isoglukos-målen”, domar av den 30 september 1982 i mål 108/81, Amylum mot rådet (REG 1982, s. 3107), i mål 110/81, Roquette Frères mot rådet (REG 1982, s. 3159), och mål 114/81, Tunnel Refineries mot rådet (REG 1982, s. 3189).

57 — Se även dom av den 29 maj 1974 i mål 185/73, Hauptzollamt Bielefeld (REG 1974, s. 607), i vilket domstolen fastslog att ett försenat offentliggörande påverkade tidpunkten från vilken förordningen gällde och kunde medföra rättsverkningar, men inte dess giltighet i sig (punkt 6).

58 — Se, för ett liknande synsätt, generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande inför domen av den 26 april 2005 i mål C-376/02, ”Goed Wonen” (REG 2005, s. I-3445), punkterna 31 och 35, där resonemang fördes utifrån de domar till vilka jag hänvisat i fotnot 55 ovan.

59 — Dom av den 20 september 1990 i mål C-192/89, Sevince (REG 1990, s. I-3461; svensk specialutgåva, volym 10, s. 507).

60 — Domstolen var noga med att skilja mellan konsekvenser för medlemsstaten och för enskilda, och anförde att ”[ä]ven om det förhållandet att besluten i fråga inte offentliggjorts kan utgöra hinder för att ålägga den enskilde skyldigheter, innebär det inte att den enskilde fråntas möjligheten att gentemot en offentlig myndighet göra gällande de rättigheter som besluten tillerkänner denne” (punkt 24).

61 — EGT C 113, 1973, s. 1.

62 — Jämför dom av den 23 november 1999 i mål C-149/96, Portugal mot kommissionen (REG 1999, s. I-8395). Det omtvistade beslutet i det målet (rådets beslut 96/386/EG av den 26 februari 1996 om slutande av avtalsmemoranda mellan Europeiska gemenskapen och Islamiska republiken Pakistan samt Europeiska gemenskapen och Republiken Indien om marknadstillträde för textilvaror (EGT L 153, s. 47)) var ett beslut utan specifik adressat. Det omfattades således inte av den kategori rättsakter som ska offentliggöras enligt artikel 254 EG (i motsats till vad som kommer att gälla enligt artikel 297 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt i fall Lissabonfördraget träder i kraft). Det var ändå en åtgärd som uppenbart borde offentliggöras. Mot den bakgrunden var det korrekt av domstolen att fastslå att en ”för sen publicering av en gemenskapsrättsakt i *Europeiska gemenskapernas officiella* tidning saknar betydelse för rättsaktens giltighet” (punkt 54).

86. Domstolen klargjorde i domen i målet Hoechst att ”[en fullständig underlåtenhet att delge] endast kan medföra en fastställelse av att denna rättsakt är en nullitet eller att den ogiltigförklaras”. Domstolen tillade att ”det inte [förekommer] något mellanting mellan en fastställelse av att en rättsakt är en nullitet och en ogiltigförklaring av densamma”, och att det inte ”[m]ot detta kan … invändas att beslut enligt artikel [254.3 EG] blir gällande genom delgivningen och att de helt saknar rättsverkan om de inte delges. Beträffande delgivningen av en rättsakt gäller nämligen i likhet med varje annan väsentlig formföreskrift att felet antingen är så uppenbart grovt att det medför att den ifrågasatta rättsakten saknar all rättsverkan eller att det utgör ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter som kan leda till att [den] ogiltigförklaras”. [63]

87. I domen i målet Spanien mot kommissionen [64] fastslog domstolen att underlåten delgivning under vissa förhållanden kan motivera att en gemenskapsrättsakt ogiltigförklaras. [65] Domstolen ansåg sålunda att avsaknaden av delgivning inte bara var ett hinder för att en åtgärd ska träda i kraft [66] utan snarare ett grundläggande fel som påverkade dess giltighet. Den logiska grunden för detta angreppssätt förefaller lätt kunna överföras till underlåtenheten att offentliggöra en förordning.

88. Domstolen hade helt nyligt i domen i målet Skoma-Lux [67] att pröva rättsverkningarna av att den gemenskapsförordning som Skoma-Lux påstods ha överträtt inte vid den i målet relevanta tidpunkten hade offentliggjorts på tjeckiska i *Europeiska unionens officiella tidning*. Domstolen fastslog otvetydigt [68] att ”[d]et framgår redan av ordalydelsen i artikel 254.2 EG att en förordning endast har rättsverkan om den har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*”. Sett för sig kunde ett sådant uttalande leda till slutsatsen att förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse), vilken inte till fullo offentliggjorts, inte kunde medföra några som helst rättsverkningar. Domstolen sökte emellertid noggrant att i domen i det ovannämnda målet Skoma-Lux undvika sådana slutsatser. Däremot prövade den särskilt först huruvida den ifrågavarande förordningen kunde göras gällande mot enskilda (och kom fram till att så inte var fallet), [69] och därefter huruvida förordningen ändå medförde skyldigheter för den berörda medlemsstaten från dess anslutning (vilket den gjorde) [70] innan den för det tredje uttalade sig om konsekvenserna, nämligen huruvida nationella beslut som fattats med stöd av den förordningen och som hade vunnit laga kraft enligt tillämpliga nationella bestämmelser måste omprövas (vilket domstolen fastslog inte var fallet, förutom vad gällde ”förvaltningsåtgärder … eller domstolsavgöranden … av repressiv art, som inverkar på grundläggande rättigheter”). [71]

63 — Dom av den 8 juli 1999 i mål C-227/92 P, Hoechst mot kommissionen (REG 1999, s. I-4443), punkterna 68, 71 och 72.

64 — Dom av den 18 juni 2002 i mål C-398/00, Spanien mot kommissionen (REG 2002, s. I-5643).

65 — Punkt 33, se även dom av den 2 juli 2002 i mål T-323/00, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån (SAT.2) (REG 2002, s. II-2839), punkt 12, där förstainstansrätten fastslog att det mot bakgrund av omständigheterna inte förelåg något åsidosättande.

66 — Se dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen (REG 1972, s. 619; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25), punkterna 39 och 40. Se även dom av den 28 maj 1998 i de förenade målen T-78/96 och T-170/96, W mot kommissionen (REG 1998, s. I-A-239 och s. II-745), punkt 183.

67 — Hänvisning i fotnot 34.

68 — Punkt 33.

69 — Se punkterna 32–51 och 60.

70 — Se punkterna 57–59.

71 — Se punkterna 67–73. Domstolen överlämnade till behöriga nationella myndigheter att avgöra huruvida den bestämmelsen var tillämplig i de särskilda fallen.

89. Domstolens nyanserade bedömning i domen i det ovannämnda målet Skoma-Lux motiverades av att målet inte rörde en fullständig underlåtenhet att offentliggöra på alla språk, utan underlåtet offentliggörande i tid på det officiella språket i den anslutande staten i fråga. Det föreföll därför lämpligt att vad gäller konsekvenserna skilja mellan medlemsstater och enskilda. Enskilda måste kunna få kunskap om sina rättigheter och skyldigheter på något av de officiella språken i den medlemsstat där de är medborgare, vilket språk sannolikt är deras modersmål. Medlemsstaten var emellertid redan medveten om och hade uttryckligen godtagit gemenskapens regelverk. Det var därför rimligt att den skulle vara bunden av den aktuella förordningen, som utgjorde en del av det (offentliggjorda) regelverket.

90. I förevarande mål har bilagan aldrig offentliggjorts. Underlåtenheten att offentliggöra var vidare varken en olyckshändelse eller oavsiktlig. [72] Kommissionen utfärdade avsiktligen en rad åtgärder (förordning nr 622/2003 och dess efterföljare, inkluderande i synnerhet förordning nr 68/2004) och offentliggjorde var och en av dem endast delvis, med det (materiella innehållet i) bilagan hemlighållet. Det förelåg med andra ord en genomgående och avsiktlig praxis att inte offentliggöra.

91. Enligt min mening utgör denna totala underlåtenhet att offentliggöra en förordning eller en integrerad del av denna, i strid med artikel 254 EG, ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift, som i vart fall medför att den är ogiltig.

72 — Se punkt 113 nedan.

— Tidsmässig begränsning

92. Om domstolen skulle förklara förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) ogiltig uppkommer frågan från vilken tidpunkt detta ska gälla. Vid förhandlingen uppmanade Österrikes, Polens och Förenade kungarikets regeringar domstolen att förklara att alla åtgärder som vidtagits med stöd av den omtvistade förordningen skall vara gällande tills kommissionen har antagit en ny åtgärd. De har emellertid inte kunnat förklara vilka konsekvenser av en ogiltigförklaring av förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) som skulle motivera en tidsmässig begränsning av domen.

93. Domstolen har visserligen vid enstaka tillfällen förklarat att ogiltiga bestämmelsers verkningar ska bestå tills nya bestämmelser antagits. I domen i målet Van Landschoot [73] fann domstolen att den omtvistade förordningen var diskriminerande såtillvida som den avgiftsbefrielse som den föreskrev inte omfattade vissa kategorier av näringsidkare. En ren ogiltigförklaring skulle ha medfört att inga avgiftsbefrielser kunde ske förrän nya bestämmelser antagits. Domstolen tillämpade artikel 174.2 i EEG-fördraget (nu artikel 231 EG) analogt, enligt vilken domstolen får ange vilka verkningar av den ogiltigförklarade förordningen som ska betraktas som bestående. [74] Domstolen förklarade således

73 — Dom av den 29 juni 1988 i mål 300/86, Van Landschoot (REG 1988, s. 3443; svensk specialutgåva, volym 9, s. 503).

74 — Se, till exempel, dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen C-38/90 och C-151/90, Lomas m.fl. (REG 1992, s. I-1781), punkt 23, och av den 8 november 2001 i mål C-228/99, Silos (REG 2001, s. I-8401), punkterna 35–38.

att de behöriga myndigheterna, till dess att nya bestämmelser antagits, skulle fortsätta att tillämpa den avgiftsbefrielse som föreskrevs i den ogiltigförklarade bestämmelsen, dock utvidgad till att omfatta de näringsidkare som utsattes för den konstaterade diskrimineringen. [75]

94. Den grupp företag som hade rätt till avgiftsbefrielse utvidgades således – vilket inte kunde ha åstadkommits genom att enbart förklara den omtvistade förordningen ogiltig. [76]

95. Jag anser inte att verkningarna av förordning nr 622/2003 ska bestå i förevarande mål.

96. En förklaring att förordning nr 622/2003 är ogiltig skulle inte beröra den skyldighet medlemsstaterna har enligt förordning nr 2320/2002 att med utövande av sin behörighet enligt nationell rätt vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra förbjudna föremål från att föras in i säkerhetsområdet eller ombord på luftfartyg, och även att iaktta andra åtgärder som angetts eller hänvisats till där avseende säkerhet vid civil luftfart. I tillägget till bilagan i förordning nr 2320/2002 anges att ”riktlinjer gäller möjliga former på vapen och föremål som omfattas av restriktioner. Sunt förnuft måste dock råda för att avgöra om ett föremål skulle kunna användas som vapen”. Medlemsstaterna är på denna grund fullt kapabla att säkerställa att bestämmelser utfärdas enligt nationell rätt så att potentiella vapen förbjuds att föras in i säkerhetsområdet eller ombord på luftfartyg fram till dess att en ny förordning antas (med en förteckning av förbjudna föremål) som offentliggörs i vederbörlig ordning.

97. De specifika skyldigheter som medlemsstaterna har enligt förordning nr 2320/2002 förstärks av den mer allmänna skyldigheten enligt artikel 10 EG att ”vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av … åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner”, att ”underlätta att

75 — Punkterna 22–24.

76 — Förslaget till avgörande av generaladvokaten Stix-Hackl inför domen av den 3 oktober 2006 i mål C-475/03, Banca Popolare di Cremona (REG 2006, s. I-9373), punkterna 132–134, innehåller en värdefull överblick över de situationer i vilka domstolen har begränsat de tidsmässiga verkningarna av ett förhandsavgörande angående giltigheten av en åtgärd som antagits av gemenskapsinstitutionerna. För ett exempel på en talan om ogiltigförklaring där domstolen fastslog att en gemenskapsrättslig bestämmelse delvis skulle vara fortsatt giltig tills nya bestämmelser antagits, se dom av den 18 oktober 2007 i mål C-299/05, kommissionen mot parlamentet och rådet (REG 2007, s. I-8695), punkterna 74 och 75. I det målet skulle en ogiltigförklaring av upptagandet av invalidpension i Förenade kungariket i förteckningen i bilaga IIa till rådets förordning (EEG) nr 1408/71 i ändrad lydelse ha tvingat Förenade kungariket att betala ut ”rörlighetsdelen” av denna förmån till ett okänt antal förmånstagare bosatta inom Europeiska unionen, trots att det var klarlagt att denna del av invalidpensionen var av icke avgiftsfinansierat slag och därför lagligen skulle kunna tas upp i bilaga IIa i förordning nr 1408/71 såsom en förmån som inte kan medföras utomlands.

gemenskapens uppgifter fullgörs" och att "avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås". Det framgår av förordning nr 2320/2002 vilka dessa uppgifter är och hur de ska uppnås, och medlemsstaterna har (naturligtvis) tagit del av innehållet i den icke offentliggjorda bilagan till förordning nr 622/2003.

98. Kommissionen kan vidare, under tiden från att detta förslag till avgörande lämnas fram till att domstolen meddelar dom, överväga hur det ska säkerställas att de specifika flygplatssäkerhetsåtgärder som enbart anges i bilagan till förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) inte äventyras för det fall att domstolen generellt prövar rättsverkningarna av den förordningen. [77]

99. Domstolen har för övrigt alltid använt sin möjlighet att tidsmässigt begränsa verkningarna av en dom i syfte att uppfylla kravet på rättssäkerhet. I förevarande mål står det klart att rättssäkerheten för enskilda med avseende på den enda kända beståndsdelen [78] i bilagan i förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) tvärtom skulle lida ytterligare skada om förordningens verkningar skulle bestå tills nya åtgärder för att ersätta förordningen i dess helhet antagits.

100. Slutligen kunde det kanske antas att allmänintresset av att bevara bestämmelser som förbättrar flygplatssäkerheten kunde medföra krav på att domstolen antingen borde bortse från ett klart åsidosättande av det obligatoriska kravet på offentliggörande, eller använda sig av undantaget att låta verkningarna av en felaktig åtgärd bestå definitivt. Enligt min mening är detta ett skenargument. Såsom jag anfört ovan finns det inga skäl för domstolen att utöva denna befogenhet för att förhindra att den allmänna säkerheten på flygplatser äventyras. Liknande argument anförs inte sällan i svårare situationer för att berättiga avvikelser från normala rättsregler – genom att underlåta att säkerställa grundläggande rättigheter, begränsa domstolars prövningsrätt eller mildra verkningarna av sådana prövningar. De hör inte hemma i en europeisk union som styrs av rättsregler, och vars domstol har en skyldighet enligt fördraget att säkerställa "att lag och rätt följs". [79]

101. Jag föreslår därför att verkningarna av domen i förevarande mål inte begränsas i tiden.

77 — När det gäller kommissionens handlingsmöjligheter, se nedan punkterna 111–120.

78 — Även om innehållet i förteckningen över förbjudna föremål är okänt är det klarlagt att bilagan i förordning nr 622/2003 *innehåller* en sådan förteckning

79 — Artikel 220 EG (f.d. artikel 164 i EG-fördraget). Jämför generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 16 januari 2008 inför domen i mål C-402/05 P, Kadi mot rådet, punkt 35: "När den allmänna säkerheten är utsatt för särskilt stora risker blir tvärtom trycket speciellt stort på att åtgärder vidtas som åsidosätter personliga rättigheter … Därför ska domstolarna i dessa fall fullgöra sin skyldighet att upprätthålla rättsstatsprincipen med ökad vaksamhet."

— Ska domstolen gå längre och förklara att förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) utgör en nullitet?

102. Enligt den hänskjutande domstolen medför underlåtenheten att offentliggöra en förordning att den utgör en nullitet.

103. Domstolen har vid upprepade tillfällen fastslagit att gemenskapsinstitutionernas rättsakter i princip presumeras vara giltiga och därmed ha rättsverkan så länge de inte har återkallats eller förklarats vara ogiltiga inom ramen för en talan om ogiltigförklaring eller till följd av en begäran om förhandsavgörande eller invändning om rättsstridighet. [80]

104. Med undantag från denna princip kan en rättsakt utgöra en nullitet. Enligt denna lära ska rättsakter som är behäftade med fel som är så uppenbart grova att de inte kan tolereras av gemenskapens rättsordning anses sakna all rättsverkan, även tillfällig sådan, dvs. de ska rättsligt betraktas som nulliteter. Syftet med denna lära är att bevara jämvikten mellan två grundläggande, men ibland motstridiga, krav som en rättsordning har att uppfylla, nämligen stabila rättsförhållanden och lagenlighet. [81]

105. Följderna av att en rättsakt från en institution förklaras vara en nullitet är så allvarliga att det förutsätts att en sådan förklaring av rättssäkerhetsskäl förbehålls ytterst extrema fall. [82] Vissa akademiker har gjort gällande att underlåtenhet att offentliggöra en förordning omfattas av denna kategori. [83]

106. Såvitt jag känner till har domstolen endast vid ett tillfälle förklarat en åtgärd utgöra en nullitet, nämligen i domen i målet

80 — Se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 15 juni 1994 i mål C-137/92 P, kommissionen mot BASF m.fl. (REG 1994, s. I-2555; svensk specialutgåva, volym 15, s. 201), punkt 48, domen i målet Hoechst (ovan fotnot 63), punkt 69, av den 8 juli 1999 i mål C-245/92 P, Chemie Linz mot kommissionen (REG 1999, s. I-4643), punkt 93, och av den 5 oktober 2004 i mål C-475/01, kommissionen mot Grekland (REG 2004, s. I-8923), punkt 18.

81 — Domarna i målen kommissionen mot BASF (ovan fotnot 80), punkt 49, Chemie Linz, punkt 94, och kommissionen mot Grekland, punkt 19, samt domen i målet Hoechst (ovan fotnot 63), punkt 70.

82 — Domarna i målen kommissionen mot BASF (ovan fotnot 80), punkt 50, Chemie Linz, punkt 95, och kommissionen mot Grekland, punkt 20, samt domen i målet Hoechst (ovan fotnot 63), punkt 76. De tillfällen då domstolen har förklarat att den omtvistade rättsakten *inte* utgjorde en nullitet innefattar dom av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56 och 3/57–7/57, Dineke Algera m.fl. mot gemensamma församlingen (REG 1957, s. 39, på s. 60), av den 21 februari 1974 i de förenade målen 15–33/73, 52/73, 53/73, 57–109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 och 135–137/73, Roswitha Kortner, gift Schots, m.fl. mot rådet, kommissionen och parlamentet (REG 1974, s. 177), punkt 33, av den 26 februari 1987 i mål 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mot kommissionen (REG 1987, s. 1005; svensk specialutgåva; volym 9, s. 29), punkterna 10 och 11 ("Det är inte nödvändigt att ta ställning till hur grova de av kommissionen åberopade bristerna är, utan det är tillräckligt att konstatera att ingen av dem är uppenbar. Ingen av bristerna har kunnat framgå vid en genomläsning av beslutet."), av den 30 juni 1988 i mål 226/87, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 3611), punkt 16, av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen (REG 1999, s. I-4287), punkterna 84–88, i mål C-200/92 P, ICI mot kommissionen (REG 1999, s. I-4399), punkterna 70–73, i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen (REG 1999, s. I-4539), punkterna 96–100, av den 30 januari 2002 i mål C-107/99, Italien mot kommissionen (REG 2002, s. I-1091), punkt 45, domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 80), punkterna 18–21, och dom av den 25 oktober 2007 i de förenade målen T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 och T-98/03, SP m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. II-4331), punkt 122.

83 — Se, till exempel, H. Von der Groeben, J. Thiesing, och C.-D. Ehlermann (red.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Band 4: Art. 189–314* (2004), s. 834, punkt 14.

Société des usines à tubes de la Sarre. [84] Där var frågan huruvida en skrivelse från Höga myndigheten kunde anses vara ett yttrande i den mening som avses i artikel 54.4 KS. Sådana yttranden skulle, bland annat, motiveras. Skrivelsen saknade motivering. Domstolen fastslog att kravet på skäl för yttrandet klart framgick av artiklarna 5 KS, 15 KS och 54 KS, och att de dessutom utgjorde en väsentlig och integrerad beståndsdel av ett yttrande. Utan att skälen angavs kunde yttrandet inte anses existera i rättslig mening. Eftersom talan om ogiltigförklaring rörde en rättsakt som rättsligt inte existerade avvisade domstolen talan då den saknade föremål.

107. I domen i målet BASF mot kommissionen [85] fastslog förstainstansrätten att ett kommissionsbeslut utgjorde en nullitet. Domstolen ändrade förstainstansrättens dom efter överklagande, eftersom den ansåg att de behörighets- och formfel som förstainstansrätten behandlat – oavsett om de betraktades var för sig eller tillsammans – inte framstod som så uppenbart grova att beslutet rättsligt skulle betraktas som en nullitet. [86]

108. Enligt min mening är det fel som vidlåder förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) – ett ständigt och avsiktligt åsidosättande av det obligatoriska kravet på offentliggörande enligt artikel 254.2 EG av *hela* förordningens materiella innehåll – så allvarligt och uppenbart att det inte kan tolereras i gemenskapens rättsordning. Jag anser därför att förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) bör förklaras utgöra en nullitet. Frågan om en möjlig tidsmässig begränsning av domens verkningar skulle därmed inte längre vara relevant.

109. Om domstolen inte skulle vilja gå så långt står det ändå klart att det i vart fall klart skett ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift. Domstolen bör därför åtminstone förklara att förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) är ogiltig.

110. I båda fallen kommer det att stå helt klart att underlåtenhet att offentliggöra förordningar eller delar därav, och särskilt när det sker avsiktligt, är oacceptabelt i Europeiska unionens rättsordning.

Vad borde kommissionen ha gjort?

111. Vid förhandlingen anförde både Europaparlamentet och rådet att artikel 8 i förordning nr 2320/2002 inte ger kommissionen behörighet att anta en genomförandeförordning med en icke offentliggjord bilaga innehållande detaljåtgärderna för genomförande och

84 — Dom av den 10 december 1957 i de förenade målen 1/57 och 14/57 (REG 1957, s. 105, på s. 112).

85 — Dom av den 27 februari 1992 i de förenade målen T-79/89, T-84/89–T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 och T-104/89, BASF m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. II-315; svensk specialutgåva, volym 12, s. II-1).

86 — Domen i målet kommissionen mot BASF (ovan fotnot 80), punkt 52.

anpassning av gemensamma grundläggande standarder för flygsäkerhetsåtgärder. Kommissionen anförde för sin del att den skulle vilja att domstolen gav vägledning angående vilken form av rättsligt instrument kommissionen borde använda för att uppfylla sin skyldighet enligt artikel 4.2 i förordning nr 2320/2002 att anta sådana åtgärder.

112. Även om jag är kritisk till kommissionens utfärdande av förordning nr 622/2003 (i ändrad lydelse) har jag viss förståelse för den besvärliga situation den befinner sig i. Jag ska därför lämna följande kommentarer.

113. I artikel 8.1 i förordning nr 2320/2002 föreskrivs att åtgärder som avser funktionssättet hos flygplatssäkerhetsåtgärder [87] ska ”vara hemliga och inte offentliggöras”. Detta anges gälla ”utan att det påverkar den allmänna rätten till tillgång till handlingar” i förordningen om tillgång till handlingar. Enligt min mening innebär detta att lagstiftaren inte förutsett att sådana åtgärder någonsin skulle kunna utgöra en del av en gemenskapsrättslig akt som måste offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 254 EG. Avsikten var snarare att de skulle anges i en icke offentliggjord handling och att tillgång till denna endast skulle vara möjlig med tillämpning av förordningen om tillgång till handlingar (enligt vilken tillgång, förmodligen, skulle vägras med hänvisning till att handlingen i fråga omfattas av de undantag som anges i artikel 4 eller är en ”känslig handling” i den mening som avses i artikel 9).

114. Jag vill understryka att artikel 8 i förordning nr 2320/2002 utgör ett undantag från normal insyn och tillgång till information. Som sådant ska det tolkas restriktivt. Härav följer att bara sådant som, objektivt sett, verkligen omfattas av de olika kategorier av hemliga uppgifter som anges i artikel 8.1 [88] ska väljas ut för sådan behandling. I synnerhet ska sådant som trätt i stället för vad som redan blivit offentligt genom att utgöra en del av förordning nr 2320/2002 fortsätta att vara offentligt.

115. När det gäller förteckningen över förbjudna föremål står det enligt min mening helt klart att den inte bör vara hemlig utan offentlig. Förteckningen – och varje annan åtgärd som objektivt sett inte behöver hållas hemlig – ska därför offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* som en bilaga till en förordning.

87 — Detta är a) åtgärder som avser specifikationer för och acceptansprovning av utrustning, detaljerade procedurer som innehåller känslig information, och detaljerade kriterier för undantag från säkerhetsåtgärder, b) specifikationer för efterlevnadskontroll och c) inspektionsrapporter och svar från medlemsstaterna avseende efterlevnadskontroll. I artikel 8.2 och 8.3 föreskrivs konfidentialitet ”i så stor utsträckning som möjligt och i enlighet med tillämplig nationell lagstiftning” för information som härrör från inspektionsrapporter och svar från medlemsstaterna när den gäller andra medlemsstater.

88 — Se fotnot 87.

116. Hur ska sådant som verkligen rör funktionssättet för flygplatssäkerhetsåtgärder och som därför verkligen behöver hållas hemligt hanteras?

117. Om det anses välbetänkt att visst eller allt sådant ska intas i en bindande rättsakt har kommissionen i teorin ett obegränsat antal rättsliga instrument att välja mellan. Den rättsliga grunden för förordning nr 2320/2002 var artikel 80.2 EG. [89] Även om rådet valde att använda sig av en förordning var den inte skyldig att göra det.

118. Emellertid är i praktiken varken en förordning eller ett direktiv som är riktat till samtliga medlemsstater ett lämpligt rättsligt instrument för sådant som bör hållas hemligt. Båda är enligt artikel 254.2 EG föremål för obligatoriskt offentliggörande.

119. Ett naturligare val vore därför ett beslut (i den mening som avses i artikel 249 EG) riktat till samtliga medlemsstater. Artikel 254 EG innehåller inget krav på att en sådan rättsakt ska offentliggöras, utan bara att det ska ”delges dem som de riktar sig till”. [90] Ett beslut blir ”gällande genom denna delgivning”. [91] Enligt artikel 13.2 c i förordningen om tillgång till handlingar ska sådana beslut offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* ”i största möjliga utsträckning”. Om innehållet i ett sådant beslut är sådant att det omfattas av artikel 4 (undantag) eller artikel 9 (känsliga handlingar) i den förordningen är det motiverat att vägra tillgång till detta beslut, och således även att inte offentliggöra det.

120. Kommissionen påminner faktiskt i sin inlaga om att den valt en liknande lösning för offentligt och hemligt material när den utfärdade förordning nr 1683/95. [92] Den offentliggjorda bilagan till den förordningen innehöll vissa specifikationer avseende utformningen av viseringar som medlemsstaterna utfärdar. I artikel 2 i den förordningen föreskrevs att ytterligare tekniska specifikationer för den enhetliga utformningen av viseringar avseende tillägg av element och säkerhetskrav, däribland strängare normer för att förhindra efterbildning och förfalskning och normer och tekniska metoder för hur den enhetliga utformningen av viseringar skall

89 — ”Rådet får med kvalificerad majoritet besluta huruvida, i vilken omfattning och på vilket sätt lämpliga bestämmelser skall kunna meddelas för sjöfart och luftfart.”

90 — Artikel 254.3 EG.

91 — Ibidem.

92 — Rådets förordning (EG) nr 1683/95 av den 29 maj 1995 om en enhetlig utformning av visumhandlingar (EGT L 164, s. 1), senast ändrad genom rådets förordning (EG) nr 1791/2006 av den 20 november 2006 om anpassning av vissa förordningar och beslut när det gäller fri rörlighet för varor, fri rörlighet för personer, bolagsrätt, konkurrenspolitik, jordbruk (även veterinär- och fytosanitär lagstiftning), transportpolitik, beskattning, statistik, energi, miljö, samarbete i rättsliga och inrikes frågor, tullunion, yttre förbindelser, den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken och institutioner, med anledning av Bulgariens och Rumäniens anslutning (EGT L 363, s. 1).

fyllas i, skulle fastställas av kommissionen. I artikel 3 föreskrevs att dessa specifikationer skulle förbli hemliga. Kommissionen antog därför ett genomförandebeslut riktat till samtliga medlemsstater som inte offentliggjordes. [93] Enligt min mening kan kommissionen välja en liknande lösning för att genomföra förordning nr 2320/2002 för att hålla hemligt sådant som objektivt kräver sådant skydd.

Den första frågan

121. Om domstolen besvarar den andra frågan i enlighet med mitt förslag är det inte nödvändigt att besvara den första frågan. Eftersom den första frågan gav upphov till kraftiga meningsskiljaktigheter mellan parterna, både i deras inlagor och vad de anförde vid förhandlingen, [94] ska jag emellertid lämna följande synpunkter.

122. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida rättsakter som enligt artikel 254 EG måste offentliggöras utgör ”handlingar” i den mening som avses i artikel 2.3 i förordningen om tillgång till handlingar. [95]

123. I enlighet med förordningens syfte enligt artikel 1 [96] är definitionen av dess tillämpningsområde i artikel 2.3 omfattande. Förordningen ”ska tillämpas på alla handlingar som finns hos en institution, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen, inom samtliga Europeiska unionens verksamhetsområden”. Innan förordningen om tillgång till handlingar trädde i kraft hade institutionerna inte rätt att utlämna handlingar från tredje man, och den som begärde tillgång till sådana handlingar fick rikta sin begäran direkt till handlingens upphovsman (den så kallade upphovsmannaregeln). [97] Det omfattande tillämpningsområde som anges i artikel 2.3 kastar om den regeln. Förutsatt att institu-

93 — Kommissionen har i sina inlagor hänvisat till tyska akademiska författare som anser att ett beslut endast är avsett för enskilda fall; se till exempel den i fotnot 83 ovan nämnda H. Von der Groeben, J. Thiesing, och C.-D. Ehlermann (red.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, s. 791, punkt 43. Andra författare har emellertid intagit motsatt ståndpunkt; se J. Bast, ”On the Grammar of EU Law: Legal Instruments”, *Jean Monnet Working Paper 9/03*, Heidelberg, 2003, s. 65 och 66, tillgängligt via Internet på http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.pdf. Se även R. Greaves ”The Nature and Binding Effect of Decisions under artikel 189 EC”, *European Law Review*, 1996, s. 3–16, som påpekar att beslut som riktar sig till alla medlemsstater har en lagstiftningsliknande karaktär. Ett klart exempel är rådets beslut 65/271/EEG av den 13 maj 1965 om harmonisering av vissa bestämmelser som inverkar på konkurrensen vad gäller transporter på järnväg, väg och inre vattenvägar (EGT 88, s. 1500; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 40), som prövades i dom av den 6 oktober 1970 i mål 9/70, Grad mot Finanzamt Traunstein (REG 1970, s. 825; svensk specialutgåva, volym 1, s. 485).

94 — Tjeckiens, Finlands och Polens regeringar har således gjort gällande att en förordning helt klart *inte* är en handling i den mening som avses i förordningen om tillgång till handlingar, medan Österrikes, Danmarks, Frankrikes, Greklands, Sveriges och Förenade kungarikets regeringar samt rådet och kommissionen med samma emfas gjort gällande att så *är* fallet.

95 — Se punkt 49 ovan. Jag har redan pekat på det vidare sammanhanget kring artiklarna 254 EG och 255 EG; se punkterna 54–60 ovan.

96 — Se punkt 58 ovan.

97 — Se, till exempel, dom av den 26 april 2005 i de förenade målen T-110/03, T-150/03 och T-405/03, Sison mot rådet (REG 2005, s. II-1429), punkt 92.

tionen faktiskt *innehar* handlingen kan sådant utlämnande begäras, oavsett upphovsman. Institutionerna kan således tvingas offentliggöra handlingar från tredje man, inklusive (i synnerhet) medlemsstaterna. [98]

124. Definitionen av begreppet ”handling” är likaledes omfattande, nämligen ”allt innehåll, oberoende av medium (på papper eller lagrat i elektronisk form, ljud- och bildupptagningar samt audiovisuella upptagningar) som har samband med den policy, de åtgärder och de beslut som omfattas av institutionens ansvarsområde”. [99]

125. I artiklarna 4 (”Undantag”) och 9 (”Känsliga handlingar”) anges begränsningarna med hänsyn till allmänna eller enskilda intressen i rätten till tillgång till handlingar. Begränsningarna följer uppbyggnaden av artikel 255 EG. Eftersom de utgör undantag ska dessa bestämmelser tolkas restriktivt, i enlighet med vanliga tolkningsregler i gemenskapsrätten. [100] Denna tolkningsprincip understryks av att de utgör tvingande undantag [101] till en förordning vars syfte annars är att ”[garantera] största möjliga tillgång till handlingar”. [102]

126. Artikel 13 innehåller bestämmelser om ”Offentliggörande i Officiella tidningen”. I artikel 13.1 anges att ”*utöver* de akter som avses i artikel 254.1 och 254.2 i EG-fördraget” [103] ska vissa kategorier av handlingar ”offentliggöras i Officiella tidningen, om inte annat följer av artiklarna 4 och 9 i denna förordning”. Det förefaller inte råda något tvivel om att lagstiftaren därmed identifierade ytterligare kategorier av handlingar (*utöver* sådana som i alla fall ska offentliggöras enligt artikel 254.1 EG och 254.2 EG) som systematiskt förtjänande den omfattande spridning som följer av offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning*. Ytterligare kategorier av handlingar ska offentliggöras ”i största möjliga utsträckning”. [104]

127. Det är bara handlingar som varken omfattas av artikel 12 eller artikel 13 som måste begäras utlämnade enskilt. [105]

98 — Se skäl 10. Se även dom av den 18 december 2007 i mål C-64/05 P, Sverige mot kommissionen m.fl. (REG 2007, s. I-11389), punkterna 55 och 56, och förslaget till avgörande lämnat av generaladvokaten Poiares Maduro inför den domen, punkterna 27 och 28.

99 — Artikel 3 a.

100 — Se, såvitt avser artikel 4, dom av den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P, Sison mot rådet (REG 2007, s. I-1233), punkt 63, och domen i målet Sverige mot kommissionen m. fl.(ovan fotnot 98), punkt 66.

101 — Således föreskrivs i artikel 4.1 att institutionerna ska vägra tillgång till handlingar som omfattas av de kategorier som anges där. När det i artikel 9 väl har angetts vilka handlingar som ska anses utgöra ”känsliga handlingar” (artikel 9.1) finns det inget huvudverb som inte utgör ett obligatoriskt imperativ.

102 — Artikel 1 a.

103 — Kursiverat här.

104 — Artikel 13.2. Institutionerna ges ytterligare handlingsutrymme att ge ytterligare offentlighet i artikel 13.3.

105 — Se allmänt artiklarna 6, 7, 8 och 10. Enligt artikel 12 ska institutionerna ”i största möjliga utsträckning” göra handlingar tillgängliga direkt i elektronisk form eller genom ett register. I synnerhet bör ”lagstiftningshandlingar, det vill säga handlingar som upprättats eller mottagits i samband med ett förfarande för att anta rättsakter som är juridiskt bindande i eller för medlemsstaterna,... göras direkt tillgängliga, om inte annat följer av artiklarna 4 och 9”.

128. Mot den bakgrunden blir svaret på den första frågan betydligt klarare. Innehållet i en förordning omfattas av den mycket omfattande definitionen av handling i artikel 3 a i förordningen om tillgång till handlingar. En sådan förordning har ett ”innehåll … som har samband med … beslut som omfattas av institutionens ansvarsområde” och den finns på ett medium som anges i artikel 3 a. Definitionen av ”handling” i artikel 3 a i förordningen om tillgång till handlingar är således tillräckligt omfattande för att innefatta de rättsliga instrument som ska offentliggöras i enlighet med artikel 254.1 EG och 254.2 EG. Detta innebär emellertid inte att sådana rättsliga instrument omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om tillgång till handlingar, så att artiklarna 4 eller 9 kan åberopas för att vägra tillgång till dem. Enligt min mening gäller det omvända.

129. I artikel 2.3 i förordningen om tillgång till handlingar anges att förordningen ”skall tillämpas på alla handlingar som *finns* hos en institution, det vill säga handlingar som *upprättats eller mottagits och som innehas av institutionen*, inom samtliga Europeiska unionens verksamhetsområden”. [106] Det är förstås riktigt att en institution sannolikt har kopior av den slutliga lydelsen av en förordning som antagits. Förordningen ska emellertid redan vara allmänt tillgänglig genom dess (obligatoriska) offentliggörande i *Europeiska unionens officiella tidning*. Tekniskt ”innehar” institutionen förordningen som en ”handling”. En så bokstavlig tolkning av förordningen om tillgång till handlingar innebär emellertid ett förbiseende av förordningens syfte, som är att ge tillgång till handlingar som *inte* annars per automatik finns tillgängliga. En teleologisk tolkning och sunt förnuft leder till slutsatsen att när en handling är (eller borde vara) tillgänglig efter obligatoriskt offentliggörande enligt artikel 254.1 EG och 254.2 EG behöver den inte anses utgöra (och ska därför inte heller anses göra det) en ”handling” som ”finns” hos en institution i den mening som avses i artikel 3 a respektive artikel 2.3 i förordningen om tillgång till handlingar. Dessutom anges i artikel 1 a syftet med förordningen om tillgång till handlingar med hänvisning till garanterandet av ”största möjliga tillgång till handlingar”. Detta innebär i sig att rätten till tillgång till handlingar med stöd av förordningen är överflödig när handlingen ändå ska offentliggöras enligt artikel 254 EG. Publicering i *Europeiska unionens officiella tidning* säkerställer redan ”största möjliga tillgång”.

130. I artikel 13 i förordningen om tillgång till handlingar bekräftas denna bedömning. Den bestämmelsen saknar mening om inte förordningen tolkas såsom att den kompletterar artikel 254 EG, snarare än att undergräva den. Det saknas skäl att skapa (ytterligare) tillgång till handlingar, eller offentliggörande, genom förordningen om tillgång till handlingar för en handling som är sådan att den uppräknas i artikel 254.1 EG eller 254.2 EG. Däremot finns det, när en handling *inte* uppräknas där, alla skäl att anse att den omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om tillgång till handlingar, och därefter pröva huruvida den enligt artikel 13 kan offentliggöras. Den korrekta tolkningen måste därför vara att förordningen om tillgång till handlingar omfattar handlingar (i alla former) som *inte* redan omfattas av artikel 254.1 EG eller 254.2 EG.

106 — Kursiverat här.

131. Det kan ifrågasättas vilken status en förordning har från det att den antas av den relevanta institutionen och tills den offentliggörs i *Europeiska unionens officiella tidning*? Enligt min mening utgör en förordning som sådan inte en ”handling” i den mening som avses i förordningen om tillgång till handlingar (eftersom kravet på offentliggörande i artikel 254 EG redan gäller för den). Emellertid skulle varje *kopia* av en sådan förordning (i till exempel tryckt eller elektronisk form) som institutionen innehar utgöra en sådan handling, och tillgång till denna kan således erhållas med tillämpning av förordningen om tillgång till handlingar. Jag skulle tro att det i praktiken alltid finns en sådan kopia någonstans. Det finns således inte någon period under vilken förordningen varken finns tillgänglig genom förordningen om tillgång till handlingar eller med hänvisning till dess obligatoriska offentliggörande enligt artikel 254 EG.

132. Följaktligen kan förordningen om tillgång till handlingar inte användas så att den begränsar offentliggörandet av handlingar som omfattas av artikel 254.1 EG eller 254.2 EG. Förordningen, som utgör sekundärrätt, kan inte tolkas så att den strider mot primärrätten i form av fördragsbestämmelser. Undantagen från tillgång till handlingar i artiklarna 4 och 9 i förordningen om tillgång till handlingar är därför bara tillämpliga på handlingar till vilka tillgång sker med tillämpning av den förordningen. I synnerhet kan de inte åberopas för att bakvägen införa ett undantag från kravet på offentliggörande i fördraget.

133. Härav följer att den första frågan ska besvaras så, att rättsakter som ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 254.1 EG eller 254.2 EG inte utgör handlingar i den mening som avses i artiklarna 2.3 och 3 a i förordning (EG) nr 1049/2001, eftersom de redan är föremål för obligatoriskt offentliggörande enligt fördraget, och är därmed fullt tillgängliga för allmänheten.

Förslag till avgörande

134. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att de tolkningsfrågor som ställts av Verwaltungssenat im Land Niederösterreich ska besvaras på följande sätt:

— Förordningar som, i strid med kraven i artikel 254.2 EG, inte har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* är rättsliga nulliteter.

— Rättsakter som ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 254 EG utgör inte handlingar som innehas av institutioner i den mening som avses i artiklarna 2.3 och 3 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar, eftersom de redan är föremål för ett obligatoriskt offentliggörande enligt fördraget och därmed är fullt tillgängliga för allmänheten.