

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremSAT den 27. september 2007<sup>1</sup>

1. Domstolen skal i nærværende sag træffe afgørelse om et retligt spørgsmål af grundlæggende betydning for Fællesskabets institutionelle system og den institutionelle ligevægt, som dette system bygger på. Det er spørgsmålet om, hvorvidt det efter fællesskabsretten er lovligt at tilvejebringe en afledt hjemmel med henblik på vedtagelsen af retsakter efter en lempeligere procedure end den, som følger af traktaten. Det drejer sig med andre ord om at fastslå, om det er muligt lovligt at delegere den lovgivende magt inden for Fællesskabets retsorden.

36, stk. 3, i Rådets direktiv 2005/85/EF af 1. december 2005 om minimumsstandarder for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus i medlemsstaterne<sup>2</sup> og subsidiært med påstand om annullation af direktivet i sin helhed.

3. Det omstridte direktiv er baseret på artikel 63, stk. 1, nr. 1, litra d), EF, som bestemmer:

»Rådet vedtager efter fremgangsmåden i artikel 67 og inden fem år efter Amsterdamtraktatens ikrafttræden:

### I — Retlig baggrund

2. Europa-Parlamentet har i henhold til artikel 230, stk. 1, EF anlagt sag ved Domstolen principalt med påstand om annullation af artikel 29, stk. 1 og 2, og artikel

1) foranstaltninger vedrørende asyl [...] inden for følgende områder:

[...]

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EUT L 326, s. 13, herefter »det omstridte direktiv«.

- d) minimumsstandarder for procedurer i medlemsstaterne for tildeling eller fratagelse af flygtningsstatus.«
- træffer Rådet med enstemmighed og efter høring af Europa-Parlamentet afgørelse med henblik på at få alle eller dele af de områder, der er omhandlet i dette traktatafsnit, underlagt fremgangsmåden i artikel 251 og med henblik på at tilpasse bestemmelserne vedrørende Domstolens beføjelser.«

4. Nævnte direktiv blev vedtaget med enstemmighed af Rådet på forslag af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og efter høring af Europa-Parlamentet i henhold til artikel 67, stk. 1, EF, som har følgende ordlyd:

»I en overgangsperiode på fem år efter Amsterdam-traktatens ikrafttræden træffer Rådet afgørelse med enstemmighed på forslag af Kommissionen [...] og efter høring af Europa-Parlamentet.«

5. Det omstridte direktiv blev ganske vist udstedt mere end fem år efter ikrafttrædelsen af Amsterdam-traktaten, og artikel 67, stk. 2, andet led, EF, bestemmer:

»Efter denne periode på fem år:

6. Det fremgår imidlertid af fjerde betragtning til afgørelse 2004/927/EF<sup>3</sup> om overgangen til den fælles beslutningsprocedure, som Rådet traf den 22. december 2004 i henhold til artikel 67, stk. 2, andet led, EF (»overgangsafgørelse«), at denne afgørelse ikke berører bestemmelserne i artikel 67, stk. 5, EF. Selv om artikel 67, stk. 5, EF bestemmer, at der uanset artikel 67, stk. 1, træffes afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251 EF om de i artikel 63, nr. 1, EF omhandlede foranstaltninger, gælder dette kun »forudsat at Rådet forudgående og i overensstemmelse med nærværende artikels stk. 1 har vedtaget fællesskabsbestemmelser, som fastlægger fælles regler og grundlæggende principper for dette spørgsmål«. Det omstridte direktiv har specifikt til formål at fastsætte de fælles regler og grundlæggende principper for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningsstatus i medlemsstaterne.

7. Ud fra dette synspunkt giver de anfægtede bestemmelser i nævnte direktiv Rådet

[...]

3 — EUT L 396, s. 45.

mulighed for med kvalificeret flertal på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet at vedtage og ændre dels en fælles minimumsliste over tredjelande, som medlemsstaterne skal betragte som sikre oprindelseslande, hvilket er formålet med artikel 29, stk. 1 og 2, dels en fælles liste over europæiske sikre tredjelande, hvilket er formålet med artikel 36, stk. 3 (herefter »listerne over sikre lande«). Listerne over sikre lande vedtages i henhold til de kriterier for udpegelse af sikre tredjelande, som er defineret i bilag II til nævnte direktiv, og de kriterier for udpegelse af europæiske sikre tredjelande, som er indeholdt i nævnte direktivs artikel 36, stk. 2.

begrundelse, der udgør en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, og tilsidesættelse af princippet om loyalt samarbejde. De to første anbringender vedrører det i den foreliggende sag centrale spørgsmål, som har begrundet, at sagen er blevet henvist til den store afdeling, og som angår fællesskabslovgivers mulighed for at anvende en afledt hjemmel. Jeg vil først behandle den saglige vurdering af disse anbringender, og da de argumenter, som er påberåbt til støtte for begge anbringender, kun vanskeligt kan adskilles, vil jeg behandle dem under ét.

## II — Om søgsmålet er velbegrundet

8. Parlamentet har med dette søgsmål i det væsentlige gjort gældende, at Rådet med de anfægtede bestemmelser har tilvejebragt en afledt hjemmel, der bemyndiger Rådet til at vedtage og ændre listerne over sikre lande efter en procedure, der fraviger den procedure, som er indeholdt i artikel 67, stk. 5, første led, EF, hvorefter den fælles beslutningsprocedure under visse betingelser skal anvendes.

9. Parlamentet har til støtte for søgsmålet påberåbt sig fire annullationsanbringender, nemlig overtrædelse af traktaten som følge af tilsidesættelse af artikel 67, stk. 5, EF, Rådets manglende kompetence, utilstrækkelig

10. Indledningsvis skal jeg blot bemærke, at Parlamentets subsidiære påstande om annullation af direktivet i sin helhed klart er udtryk for et ønske om at undgå afvisning, idet det følger af retspraksis, at en påstand om delvis annullation kun tages under realitetspåkendelse, hvis de bestemmelser, der påstås annulleret, kan udskilles fra den øvrige del af akten<sup>4</sup>. Dette er kun tilfældet, såfremt en annullation af de omstridte bestemmelser ikke ændrer retsaktens materielle indhold<sup>5</sup>. Det er i den foreliggende sag åbenbart, at en annullation af de anfægtede bestemmelser ikke ændrer det omstridte direktivs materielle indhold, hvorfor de principale påstande kan antages til realitetsbehandling.

4 — Jf. dom af 10.12.2002, sag C-29/99, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 11221, præmis 45 og 46.

5 — Jf. dom af 30.9.2003, sag C-239/01, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 10333, præmis 34-37.

*A — Anbringenderne om overtrædelse af traktaten og om manglende kompetence*

11. Ifølge Parlamentet har Rådet ved at forbeholde sig retten til at vedtage og ændre listerne over sikre lande efter høring af Europa-Parlamentet på grundlag af det omstridte direktivs artikel 29, stk. 1 og 2, og artikel 36, stk. 3, både tilsidesat bestemmelserne i artikel 67, stk. 5, første led, EF, som vedrører den fælles beslutningsprocedure, og handlet uden at have kompetence, idet Rådet ikke er kompetent til i en afledt retsakt at tilvejebringe en hjemmel for vedtagelse af efterfølgende afledte retsakter i henhold til en anden procedure end den, som er fastsat ved traktaten, da disse ikke udgør gennemførelsesforanstaltninger. Som det fremgår, er de to anbringender uadskillelige. Hvis Rådet har kompetence til at anvende en afledt hjemmel, kan det ikke have tilsidesat artikel 67, stk. 5, EF. I dette tilfælde kan listerne over sikre lande nemlig med rette vedtages i henhold til en afledt hjemmel og ikke på grundlag af bestemmelser i traktaten.

12. Denne argumentation fra Parlamentets side hviler på to væsentlige forudsætninger. Artikel 67, stk. 5, EF kræver, at listerne over sikre lande skal vedtages efter den fælles beslutningsprocedure, såfremt det omstridte direktiv anses for at udgøre det sidste trin i lovgivers fastlæggelse af de fælles regler og

grundlæggende principper på området, dvs. den sidste del af den »nødvendige lovgivning« for at bruge Parlamentets udtryk. Den fælles beslutningsprocedure skal derfor anvendes, idet vedtagelse og ændring af listerne over sikre lande ikke udgør gennemførelsesforanstaltninger. Jeg vil hurtigt behandle disse to forudsætninger, selv om det ikke — som jeg vil påvise — er nødvendigt at undersøge, om de er relevante for at kunne vurdere, om anbringenderne om manglende kompetence og om overtrædelse af traktaten er velbegrundede.

1. Udgør direktiv 2005/85 det afsluttende trin i den nødvendige lovgivning?

13. Artikel 67, stk. 5, første led, EF bestemmer, at Rådet kan vedtage de i artikel 63, stk. 1, nr. 1), EF og artikel 63, stk. 1, nr. 2), litra a), EF omhandlede foranstaltninger efter den fælles beslutningsprocedure, som er omhandlet i artikel 251 EF, når Rådet har vedtaget »fællesskabsbestemmelser, som fastlægger fælles regler og grundlæggende principper for dette spørgsmål«, dvs. for asylpolitikken, hvorom der er fastsat bestemmelser i artikel 63, stk. 1, nr. 1, EF, og en del af de foranstaltninger, som vedrører flygtninge og fordrevne, hvorom der er fastsat bestemmelser i artikel 63, stk. 1, nr. 2, litra a), EF. Ifølge Parlamentet blev fastlæggelsen af de fælles regler og grundlæggende principper afsluttet med vedtagelsen af det omstridte direktiv, således at den fælles beslutningsprocedure fremover skal anvendes ved

vedtagelsen af enhver efterfølgende retsakt på området, navnlig ved udarbejdelsen af listerne over sikre lande. Det omstridte direktiv udgør nemlig det afsluttende trin i den nødvendige lovgivning, som i henhold til artikel 67, stk. 5, EF er påkrævet af hensyn til overgangen til den fælles beslutningsprocedure. Retsgrundlaget for de spørgsmål, som vedrører artikel 63, stk. 1, nr. 1, EF og artikel 63, stk. 1, nr. 2, litra a), EF, er fremover fastlagt, henset til de lovgivningsforanstaltninger, som allerede er truffet. Parlamentet har henvist til Rådets forordning (EF) nr. 343/2003 af 18. februar 2003 om fastsættelse af kriterier og procedurer til afgørelse af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for behandlingen af en asylansøgning, der er indgivet af en tredjelandstatsborger i en af medlemsstaterne<sup>6</sup>. Forordningen er baseret på artikel 63, stk. 1, nr. 1, litra a), EF. Parlamentet har endvidere henvist til Rådets direktiv 2003/9/EF af 27. januar 2003 om fastlæggelse af minimumsstandarder for modtagelse af asylansøgere i medlemsstaterne<sup>7</sup>, som er baseret på artikel 63, stk. 1, nr. 1, litra b), EF, samt Rådets direktiv 2004/83/EF af 29. april 2004 om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse<sup>8</sup>, som er baseret på artikel 63, stk. 1, nr. 1, litra c), EF, artikel 63, stk. 1, nr. 2, litra a), EF og artikel 63, stk. 1, nr. 3, litra a), EF.

14. Subsidiært har Parlamentet gjort gældende — Kommissionen deler denne

6 — EUT L 50, s. 1.

7 — EUT L 31, s. 18.

8 — EUT L 304, s. 12.

opfattelse og har interverneret til støtte for Parlamentets påstande — at hvis den oprindelige vedtagelse af listerne over sikre lande udgjorde en del af de påkrævede fælles regler og som sådan henhørte under høringsproceduren, udgør vedtagelsen klart det afsluttende trin. En senere ændring af listerne skal derfor følge den fælles beslutningsprocedure, i modsætning til, hvad der følger af den omstridte afledte hjemmel. I modsat fald vil Rådet kunne forsinke arbejdet med udarbejdelsen af de fælles regler og grundlæggende principper i det uendelige og dermed også forsinke overgangen til den fælles beslutningsprocedure.

15. Rådet har heroverfor anført, at begrebet nødvendig lovgivning er et vagt begreb, og det er alene lovgiver, i dette tilfælde Rådet, der kan fastsætte indholdet heraf. Rådet har i det foreliggende tilfælde anført, at udarbejdelsen af listerne over sikre tredjelande og europæiske sikre lande er en del af den fællesskabslovgivning, som fastsætter fælles regler og grundlæggende principper på asylområdet. Rådet har derfor forsøgt at indføre disse i selve ordlyden af det omstridte direktiv.

16. Det fremgår således, at parterne er delte med hensyn til dette kvalifikationsproblem. Det bemærkes indledningsvis, at det er åbenbart, at man ikke kan være enig i Rådets opfattelse, hvorefter Rådet frit kan udøve sit skøn med henblik på at fastlægge, hvad der henhører under den nødvendige lovgivning. Når der er tale om et begreb, som er bestemmende for, hvilken lovgivningsprocedure der skal anvendes, og dermed navnlig omfanget af Parlamentets deltagelse

i beslutningsprocessen, som derfor påvirker den institutionelle ligevægt, siger det sig selv, at fortolkningen og anvendelsen af begrebet skal kunne efterprøves af Domstolen, som det påhviler at beskytte nævnte institutionelle ligevægt<sup>9</sup>. For at kunne vurdere, om Parlamentets anbringender om manglende kompetence og overtrædelse af traktaten er velbegrundede og derfor kan tiltrædes, kræves det ikke, at det undersøges, om udarbejdelsen eller ændringen af listerne over sikre lande henhører under den nødvendige lovgivning, eller om det omstridte direktiv udgør slutpunktet herfor. Det er nemlig tilstrækkeligt at bemærke, at den omstridte afledte hjemmel under alle omstændigheder foreskriver anvendelsen af en beslutningsprocedure, der fraviger den procedure, som er indeholdt i artikel 67, stk. 5, EF, uanset hvilken situation der foreligger. De anfægtede bestemmelser foreskriver, at Rådet træffer afgørelse med kvalificeret flertal efter høring af Parlamentet. Det fremgår af artikel 67, stk. 5, EF, at Rådet vedtager den nødvendige lovgivning med enstemmighed efter høring af Parlamentet, og at den fælles beslutningsprocedure skal anvendes, når den nødvendige lovgivning er vedtaget, i forbindelse med vedtagelsen af efterfølgende retsakter. Såfremt det antages, at det omstridte direktiv udgør det afsluttende trin for den nødvendige lovgivning, skal udpegelsen af sikre lande ske i henhold til den fælles beslutningsprocedure. Hvis dette ikke er tilfældet, skal udpegelsen vedtages af Rådet med enstemmighed efter høring af Parlamentet, idet udpegelsen af sikre lande fortsat er en del af den nødvendige lovgivning.

17. Det eneste relevante spørgsmål er med andre ord, om Rådet lovligt i en retsakt, som

vedtages under iagttagelse af den i traktaten fastlagte procedure, kan tilvejebringe en hjemmel med henblik på at vedtage efterfølgende retsakter efter en anden procedure, som er forenklet i forhold til den procedure, som er indført med traktaten. Svaret vil klart være positivt<sup>10</sup>, hvis nævnte efterfølgende retsakter udfærdiges som gennemførelsesforanstaltninger<sup>11</sup>. Spørgsmålet er derfor, om vedtagelsen og ændringen af listerne over sikre lande udgør gennemførelsesforanstaltninger. Såfremt dette er tilfældet, er det uden betydning, hvorvidt det omstridte direktiv er den sidste del af den nødvendige lovgivning eller ej, idet listerne over sikre lande vil kunne vedtages i henhold til en afledt hjemmel efter en forenklet procedure, som den Rådet har fulgt. Parlamentet har imidlertid netop anført, at udpegelsen af sikre lande henhører under fællesskabslovgivers kompetence.

2. Enhører listerne over sikre lande under det udøvende område?

18. Enhører udpegelsen af sikre lande ikke nærmere under det udøvende end under det lovgivningsmæssige område? Det er velkendt, at de foranstaltninger, som

9 — Jf. dom af 22.5.1990, sag C-70/88, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 2041, præmis 21-23.

10 — Under forudsætning af, at visse betingelser overholdes, jf. punkt 20 og 21 i nærværende forslag til afgørelse.

11 — Jf. i denne retning f.eks. dom af 18.6.1996, sag C-303/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 2943, præmis 23.

fastlægger »væsentlige dele af det område, der skal reguleres«<sup>12</sup>, og hvorom fællesskabslovgiver udtrykkeligt har fastsat bestemmelser på grundlag af traktaten i henhold til den procedure, som fællesskabslovgiver har fastsat i denne henseende, er af lovgivningsmæssig art. For så vidt som udpegelsen af de sikre lande skal ske i henhold til de kriterier, der er indeholdt i det omstridte direktiv, nærmere bestemt i direktivets bilag II hvad angår udpegelsen af sikre tredjelande, og artikel 36, stk. 2, hvad angår fastlæggelsen af de sikre europæiske lande, indebærer dette da, at udpegelsen fortsat henhører under »væsentlige dele af det område, der skal reguleres«, dvs. væsentlige dele af minimumsstandarderne for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus, jf. artikel 63, stk. 1, nr. 1, litra d), EF? Selv om sagens parter ved Domstolen bliver enige om at anse listerne over sikre lande for akter af lovgivningsmæssig art, kan der være grund til tvivl.

19. Det fremhæves til støtte for argumentet om gennemførelsesforanstaltninger, at det både af Kommissionens oprindelige forslag<sup>13</sup> og det ændrede forslag<sup>14</sup> fremgår, at det tilkommer medlemsstaterne at udpege de sikre lande på grundlag af de i direktivet

indeholdte kriterier. Medlemsstaterne er imidlertid i princippet pålagt at håndhæve fællesskabsretten. Selv om kriterierne for udpegelse fremgår af direktivet, taler den omstændighed, at Rådet endeligt har udtalt sig til fordel for vedtagelsen af fælles lister over sikre lande, da dette tilnærmer de eksisterende nationale lister og giver de nationale retsordener, der endnu ikke har vedtaget foranstaltninger i denne henseende, minimumslisters, derimod for, at der foreligger en retsakt. Det taler endvidere for, at der foreligger en retsakt, at Rådet oprindeligt ville indarbejde listerne over sikre lande i det omstridte direktiv og udelukkende opgav dette som følge af vanskelighederne ved at nå til enighed om listerne uden urimeligt at forsinke vedtagelsen af nævnte direktiv<sup>15</sup>. Endelig taler rækkevidden af de følger, som er forbundet med listerne, til støtte herfor. Inden for rammerne af asylprocedurer er anvendelsen af disse lister afgørende for den måde, hvorpå de nationale myndigheder behandler en stor del af ansøgningerne, og bestemmer rækkevidden af de proceduregarantier, som er fastsat ved direktivet. I henhold til artikel 25 kan medlemsstaterne nemlig afvise en asylansøgning som uantagelig og behøver derfor ikke at tage stilling til, hvorvidt ansøgeren kan anerkendes som flygtning, hvis ansøgeren kommer fra et sikkert tredjeland. Denne formodning om, at nævnte land er sikkert, kan imidlertid afkræftes, hvis ansøgeren fremlægger alvorlige oplysninger om det modsatte. Det fremgår i øvrigt af artikel 36, at medlemsstaterne kan undlade at behandle asylansøgningen eller at foretage en fuldstændig undersøgelse heraf, når asylansøgeren er rejst ind eller forsøger ulovligt at rejse ind på medlemsstaternes område fra et europæisk sikkert tredjeland. Dertil kommer, at Rådet har begrundet høringen af Europa-Parlamentet vedrørende udarbejdelsen og ændringen af listerne over sikre tredjelande

12 — Dom af 17.12.1970, sag 25/70, Köster, Sml. 1970, s. 259, org. ref.: Rec. s. 1161, præmis 6. Jf. endvidere dom af 27.10.1992, sag C-240/90, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 5383, præmis 36.

13 — Jf. artikel 21 og 30 i forslag af 20.9.2000 til Rådets direktiv om minimumsstandarder for procedurer i medlemsstaterne for tildeling og fratagelse af flygtningestatus, EFT 2001 C 62 E, s. 231.

14 — Jf. artikel 27 og 30 i ændret forslag af 3.7.2002 til Rådets direktiv om minimumsstandarder for procedurer i medlemsstaterne for tildeling og fratagelse af flygtningestatus, EFT 2002 C 291 E, s. 142.

15 — Jf. punkt 9-11 i svarskriftet.

med, at det har »politisk betydning« at udpege et land som sikkert, og navnlig at der er tale om »en vurdering af menneskerettighedssituationen i landet [som har] betydning [...] for EU's politik over for tredjelande«. Rådet har dernæst begrundet høringen af Parlamentet vedrørende udpegelsen af europæiske sikre tredjelande med henvisning til »de følger, det kan få for ansøgeren, at behandlingen undlades eller indskrænkes«<sup>16</sup>.

20. Det er imidlertid ikke i det foreliggende tilfælde nødvendigt at afgøre spørgsmålet. Hvis det antages, at udpegelsen af sikre lande ikke udgør en del af de »væsentlige dele af det område, der skal reguleres«, og at de anfægtede bestemmelser anses for at udgøre et forbehold til gennemførelsesbeføjelsen, må det indrømmes, at udpegelsen ikke er lovlig. Efter at EF-traktatens artikel 145 (nu artikel 202 EF) er blevet ændret ved den europæiske fælles akt, indfører artikel 202, tredje led, EF, sammenholdt med artikel 211, fjerde led, EF, »reglen om, at det inden for traktatens ordning, når der på fællesskabsplan skal træffes gennemførelsesforanstaltninger vedrørende en basisretsakt, er Kommissionen, som det sædvanligvis tilkommer at udøve denne kompetence«<sup>17</sup>. Sammenholdt med den almindelige begrundelsespligt i artikel 253 EF følger det heraf, at Rådet »kun i særlige tilfælde kan forbeholde sig retten

til selv direkte at udøve gennemførelsesbeføjelser, og Rådet skal indgående begrunde en eventuel afgørelse herom«<sup>18</sup>. Dette bekræftes af artikel 1, stk. 1, i den anden komitologi-afgørelse<sup>19</sup>, hvoraf fremgår, at »[m]ed undtagelse af særlige og begrundede tilfælde, hvor basisretsakten giver Rådet ret til selv direkte at udøve visse gennemførelsesbeføjelser, tillægges disse Kommissionen i overensstemmelse med bestemmelserne herom i basisretsakten«. Dette indebærer med andre ord, at Rådet »har pligt til behørigt« at begrunde, hvorfor gennemførelsesbeføjelser forbeholdes Rådet »under hensyn til arten og indholdet af den basisretsakt, der skal gennemføres eller ændres«<sup>20</sup>. Rådet skal derfor godtgøre, at karakteren og indholdet af gennemførelsesbeføjelsen har specifik karakter, således at Rådet kan forbeholde sig at udøve denne beføjelse som en undtagelse til Kommissionens principielle kompetence på området<sup>21</sup>.

21. Det er ganske givet, at man i lyset af dommen af 18. januar 2005 i sagen Kommissionen mod Rådet kunne rejse spørgsmålet, om udpegelsen af sikre lande på asylområdet udgør et særligt tilfælde, som kan begrunde, at gennemførelsesbeføjelser forbeholdes Rådet. I det tilfælde, hvor de anfægtede

16 — Nittende og firetyvende betragtning til direktiv 2005/85.

17 — Dom af 18.1.2005, sag C-257/01, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 345, præmis 51.

18 — Ibid., præmis 50. Jf. dom af 24.10.1989, sag 16/88, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 3457, præmis 10.

19 — Rådets afgørelse af 28.6.1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen, EFT L 184, s. 23.

20 — Dommen af 18.1.2005 i sagen Kommissionen mod Rådet, præmis 51.

21 — Som generaladvokat Léger har anført, skal begrundelsen angive, »hvorfor det er Rådet og ikke Kommissionen, der undtagelsesvis udøver« den omhandlede gennemførelsesbeføjelse (forslag til afgørelse i forbindelse med dommen af 18.1.2005 i sagen Kommissionen mod Rådet, punkt 54).



bestemmelser faktisk anses for at indebære, at gennemførelsesbeføjelser forbeholdes Rådet, bemærkes imidlertid, at der ikke er givet nogen begrundelse. De grunde, der er anført i nittende og firetyvende betragtning til det omstridte direktiv, har på ingen måde til formål at begrunde et sådant forbehold, men tilsigter derimod, som jeg allerede har fremhævet<sup>22</sup>, at oplyse om baggrunden for den parlamentariske høring vedrørende listerne og de ændringer heraf, der skal foretages.

udøvende område. Såfremt det antages, at de anfægtede bestemmelser faktisk skal opfattes som udtryk for Rådets ønske om at behandle spørgsmålet om udpegelsen af sikre lande ad lovgivningsvejen, dog efter en lempeligere procedure, indebærer dette, at man må undersøge lovligheden af, at en afledt hjemmel anvendes til at træffe lovmæssige foranstaltninger.

### 3. Spørgsmålet om lovligheden af den afledte hjemmel

22. Det kan ganske vist endvidere indvendes, at såfremt det antages, at udpegelsen af sikre lande henhører under det udøvende område, har Rådet på ingen måde med de anfægtede bestemmelser haft til hensigt at forbeholde sig en udøvende kompetence. Rådet har derimod villet behandle spørgsmålet som lovgivende myndighed efter en lempeligere procedure i henhold til en afledt hjemmel. Det er velkendt, at visse nationale retsordener anerkender, at lovgiver kan udøve beføjelser på det udøvende område, hvorimod andre retsordener indrømmer den udøvende magt en række enekompetencer, som beskyttes på samme måde som loven sikres sit eget anvendelsesområde. Fællesskabets institutionelle system forbyder ikke umiddelbart, at fællesskabslovgiver går ud over de væsentlige dele af et lovgivningsområde og vedtager bestemmelser af udøvende art. Det er imidlertid heller ikke i denne forbindelse nødvendigt at tage stilling til, om lovgiver lovligt efter fællesskabsretten kan udøve beføjelser på det

23. Er det muligt at vedtage retsakter i henhold til en hjemmel, som er fastsat i den afledte ret og ikke i primærretten, efter en procedure indeholdt i den afledte ret, som er lempeligere end den i primærretten indeholdte procedure? Det er det centrale retsspørgsmål i den foreliggende sag. Dette spørgsmål vedrører ganske enkelt lovligheden af at delegere den lovgivende magt inden for Fællesskabets institutionelle system.

24. Dette spørgsmål er ikke nyt. Spørgsmålet om, hvorvidt det er lovligt at anvende en afledt hjemmel for at udøve lovgivningsvirksomhed, har allerede været indbragt for Domstolen<sup>23</sup>. Det fremgik af artikel 19

22 — Jf. punkt 19 ovenfor i nærværende forslag til afgørelse.

23 — Jf. dom af 13.12.2001, sag C-93/00, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 10119.

i Rådets forordning (EF) nr. 820/97 af 21. april 1997 om en ordning for identifikation og registrering af kvæg og om mærkning af oksekød og oksekødsprodukter<sup>24</sup>, som Rådet vedtog på grundlag af EF-traktatens artikel 43 (efter ændring nu artikel 37 EF), at Rådet med kvalificeret flertal og på forslag af Kommissionen traf afgørelse om de generelle regler for en mærkningsordning for oksekød, som skulle gælde fra den 1. januar 2000. Rådet havde på dette grundlag vedtaget en forordning, som Parlamentet anfægtede med henvisning til, at det afledte retsgrundlag var ulovligt, idet det gjorde det muligt i henhold til en lempeligere beslutningsprocedure, som ikke indebar høring af Europa-Parlamentet, at vedtage en retsakt — og ikke en gennemførelsesforanstaltning — inden for rammerne af den fælles landbrugspolitik i strid med artikel 37 EF. Retten henviste til, at den anfægtede forordning ikke indeholdt generelle regler om en obligatorisk mærkningsordning for oksekød, men at den havde til formål at forlænge den frivillige mærkningsordning ud over den 31. december 1999. Domstolen fandt, at forordningen ikke var omfattet af den bemyndigelse, som var blevet tillagt ved grundforordningen, og at den reelt havde til formål at ændre grundforordningen. Domstolen fandt, at ændringen af grundforordningen »kun [kunne] foretages [...] med en hjemmel svarende til den, som havde dannet grundlag for forordningens udstedelse, dvs. på grundlag af traktaten selv og i overensstemmelse med den heri fastsatte beslutningsprocedure«<sup>25</sup>. Domstolen gav derfor medhold i påstanden om annullation af forordningen, idet denne var i strid med paralleliteten mellem kompetencerne og procedurerne, uden at det var »fornødent at tage stilling til, om Rådet, uden at tilside-sætte reglerne i traktaten om institutionernes kompetence, kunne tiltage sig kompetencen til med kvalificeret flertal og på forslag af

Kommissionen at udstede generelle regler om en obligatorisk mærkningsordning for oksekød«<sup>26</sup>. Som det fremgår, står spørgsmålet stadig åbent.

25. Visse nationale retssystemer giver mulighed for at delegere den lovgivende magt. Dette er f.eks. tilfældet i Frankrig med artikel 38 i forfatningen af 4. oktober 1958<sup>27</sup> og i Italien med artikel 76 i forfatningen af 27. december 1947. Det bemærkes imidlertid, at sådanne delegationer ofte kun kan vedrøre visse lovgivningsområder, hvilket f.eks. fremgår af artikel 82 i den spanske forfatning af 27. december 1978 eller artikel 164 og 165 i den portugisiske forfatning af 2. april 1976.

26. Traktaten om Den Europæiske Union giver ikke udtrykkeligt mulighed for at delegere den lovgivende magt. Den indeholder alene i artikel 202 EF bestemmelse om delegation af udøvende kompetencer. Det skal derfor fastslås, om fællesskabsretten implicit tillader eller i det mindste ikke er til hinder for, at fællesskabslovgiver i stedet for fuldt ud at lovgive på et lovgivningsområde efter

24 — EFT L 117, s. 1.

25 — Nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 42.

26 — Ibid., præmis 45.

27 — Det skal endvidere præciseres, at denne bestemmelse ikke indeholder en egentlig delegation af den lovgivende magt, men nærmere bestemt en udvidelse af regeringens lovgivningskompetence inden for lovens rammer.

en procedure, hvorom der er fastsat bestemmelser i traktaten, tilvejebringer en afledt hjemmel i den retsakt, som vedtages i overensstemmelse med proceduren, hvorefter der gives bemyndigelse til at behandle visse aspekter af lovgivningsområdet i henhold til en lempeligere procedure.

generel anvendelse i længere tid, en række sammenfaldende fortilfælde og et psykologisk element (opinio juris necessitatis), og at de, som overholder reglen, gør det, fordi de anser sig for bundet af den. En del af den juridiske litteratur<sup>29</sup> har indtaget en positiv holdning til, at Fællesskabets retsorden anerkender, at der findes fællesskabsretlige sædvaner, når de betingelser, der er nødvendige for at sådanne sædvaner foreligger, er opfyldt.

27. Generaladvokat Stix-Hackl bekræftede i sit forslag til afgørelse af 13. december 2001 i sagen Parlamentet mod Rådet — uden dog at uddybe dette nærmere — at en afledt hjemmel »principielt [er] retmæssig, når bestemte betingelser overholdes«<sup>28</sup>. Rådet har til støtte for argumentet om, at det er lovligt at anvende en afledt hjemmel, anført, at der har udviklet sig en praksis på området. Rådet har henvist til en række akter, som blev udstedt før det omstridte direktiv, og som allerede indeholder afledte hjemmel. Såfremt disse fortilfælde faktisk er relevante, er spørgsmålet, om en praksis alene udgøres af et midlertidigt resultat og et politisk kompromis, som mister betydning, når styrkeforholdene ændrer sig, eller om en praksis kan skabe grundlag for en retsregel i form af en retssædvane efter en konsolideringsproces. Det bemærkes i denne henseende, at dannelsen af en retssædvane kræver tilstedeværelsen af to elementer. Der skal være et materielt element (repetitio), som består i en

28. Domstolen har endnu ikke formelt udtalt sig. Den synes imidlertid ikke at have udtrykt sig principielt imod. Når Domstolen har afslået at tage hensyn til visse former for praksis eller umiddelbart at anse en sådan for en sædvane, skyldes dette, at praksis ikke har opfyldt betingelserne herfor<sup>30</sup>. Dertil kommer, at selv om Domstolen ikke udtrykkeligt har kvalificeret den omhandlede praksis som sædvane, har den anerkendt Parlamentets vedtagelse om at samle

29 — Jf. f.eks. J.P. Jacqué »La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire«, i R. Bieber og G. Ress, *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1987, s. 377, A. Bleckmann, »Zur Funktion des Gewohnheitsrechts im europäischen Gemeinschaftsrecht«, *Europarecht*, 1981, nr. 2, s. 101. Samme holdning ses hos visse af Domstolens medlemmer: jf. f.eks. P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes: étude des sources du droit communautaire*, Presses universitaires de Liège, 1973, genoptryk Bruylant, 2006, navnlig s. 174.

30 — Jf. f.eks. dom af 10.2.1983, sag 230/81, Luxembourg mod Parlamentet, Sml. s. 255, præmis 44: et anbringende om tilsidesættelse af Parlamentets praksis, hvorefter en del af Parlamentets plenarmøder blev holdt i Luxembourg, som blev påberåbt over for Parlamentets vedtagelse om at afholde sine plenarmøder i Strasbourg, blev afvist, idet denne praksis ikke var godkendt af medlemsstaterne, men derimod var blevet bestridt af Frankrig, og kunne ikke anses for at have dannet retssædvaner. Opinio juris blev med andre ord tilsidesat.

28 — Forslag til afgørelse i sag C-93/00, punkt 41.

parlamentsudvalgene og de politiske grupper i Bruxelles og forvaltningskomitéproceduren, idet disse var i overensstemmelse med henholdsvis en parlamentspraksis, som ikke var blevet bestridt af medlemsstaterne<sup>31</sup>, og »fællesskabsmyndighedernes faste praksis«<sup>32</sup>.

29. Den eventuelle anerkendelse af den juridiske værdi af en praksis, som følges enten af institutionerne eller af medlemsstaterne, skal under alle omstændigheder nøje afgrænses. En praksis kan kvalificeres som retsregler, hvis den opfylder betingelserne for at udgøre en sædvane og har til formål at afhjælpe traktaternes kortfattedhed og mangler for at sikre hensynet til en effektiv beslutningsproces. Såfremt sædvaner uden for loven (praeter legem) kan fastslås på denne måde, kan en praksis, som er i strid med traktaterne, ikke på nogen måde anerkendes. At anerkende sædvaner i strid med loven (contra legem) ville stride mod de grundlæggende traktaters stive karakter, idet disse alene kan ændres i henhold til den formelle procedure, som er fastsat i denne henseende<sup>33</sup>. Domstolen anser de grundlæggende traktater for at være Fællesskabets forfatningsmæssige grundlag, som skaber en retsorden, hvis retssubjekter udgøres af Unionens borgere<sup>34</sup>. Denne udvidede legitimitet indebærer, at de bestemmelser, der er fastsat ved traktaterne, »hverken [kan] ændres af medlemsstaterne

eller af institutionerne selv«<sup>35</sup>. Domstolen har endvidere nægtet at anerkende præcedens fulgt af institutionerne<sup>36</sup> og medlemsstaterne<sup>37</sup> med den begrundelse, at en praksis ikke giver adgang til at fravige/eller ikke kan tillægges større betydning end traktatens bestemmelser.

30. Rådets opfattelse, som deles af den franske regering, hvorefter der ikke i traktaten er noget til hinder for, at en retsakt, der udstedes på grundlag af en traktatbestemmelse og inden for rammerne af den procedure, som er fastsat herfor, henviser til vedtagelsen af supplerende lovregler efter en lempeligere procedure, kan ikke tiltrædes. Det i artikel 7 EF indeholdte kompetencefordelingsprincip, hvorefter »[h]ver institution handler inden for rammerne af de beføjelser, som er tillagt den ved denne traktat«, er til hinder for anvendelsen af en afledt hjemmel<sup>38</sup>. Traktaterne angiver nemlig de procedurer, som kan føre til vedtagelsen af

31 — Ibid., præmis 48 og 49.

32 — Jf. Köster-dommen, præmis 6.

33 — Jf. dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 58.

34 — Jf. udtalelse 1/91 af 14.12.1991, Sml. I, s. 6079, præmis 21. Jf. dom af 5.2.1963, sag 26/62, van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 3, på s. 23.

35 — Dom af 23.2.1988, sag 68/86, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. s. 855, præmis 38.

36 — Jf. bl.a. dom af 9.8.1994, sag C-327/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3641: over for et anbringende om manglende kompetence til at indgå en aftale mellem EØF og USA om anvendelsen af parternes respektive konkurrenceregler, henviste Kommissionen til en praksis, hvorefter Kommissionen havde kompetence til at indgå administrative aftaler. Domstolen forkastede imidlertid dette argument med den begrundelse, at retten til at indgå aftaler tilkom Rådet i henhold til artikel 228 EF, og at »en bestemt praksis [...] ikke [kan] tillægges større betydning end traktatens bestemmelser« (præmis 36). Jf. endvidere dom af 9.11.1995, sag C-426/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3723, præmis 21.

37 — Jf. dom af 18.2.1986, sag 174/84, Bulk Oil, Sml. s. 559, præmis 65.

38 — Dette princip er endvidere udtrykt på en anden måde i artikel 5 EU: »Europa-Parlamentet, Rådet, Kommissionen, Domstolen og Revisionsretten udøver deres beføjelser under de betingelser og med de mål for øje, som er fastsat dels i traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og i senere traktater og retsakter om ændring eller supplerer af nævnte traktater, dels i de øvrige bestemmelser i nærværende traktat.«

retsakter. En institution kan derfor ikke selv frit fastlægge den måde, hvorpå institutionen udøver sine kompetencer, eller ændre den procedure, som i henhold til traktaten er fastsat til dette formål for at kunne vedtage en retsakt. Det er alene traktaten, der i givet fald kan bemyndige Rådet til at ændre beslutningsproceduren, hvilket illustreres af overgangsbestemmelserne i artikel 67, stk. 2, andet led, EF og artikel 175, stk. 2, andet afsnit, EF. Kompetencefordelingsprincippet indebærer med andre ord et princip om ikke at anvende kompetencer.

31. De lovgivningsprocedurer, som er fastsat ved traktaterne, fastlægger i øvrigt rækkevidden af institutionernes deltagelse i beslutningstagningen og definerer således en institutionel ligevægt. Den omstændighed, at en institution ændrer beslutningsprocessen, indebærer derfor ligeledes, at institutionen skader princippet om institutionel ligevægt, som er fastslået af Domstolen<sup>39</sup>, og som »forudsætter, at hver enkelt af institutionerne udøver sine beføjelser under hensyntagen til de øvrige institutioners beføjelser«<sup>40</sup>, og som hindrer en institution i at handle, således »at de andre institutioner mister en ret, som har hjemmel i traktaterne«<sup>41</sup>.

32. Domstolen lægger i øvrigt stor vægt på valget af hjemmel, idet dette har betydning

for den institutionelle ligevægt. Det er nemlig valget af hjemmel, som er afgørende for, hvilken beslutningsprocedure der skal anvendes. Valget af hjemmel har derfor bl.a. betydning for, hvilken fællesskabsinstitution der er kompetent, hvilke afstemningsregler der gælder for Rådets vedtagelse af en retsakt, samt omfanget af Parlamentets deltagelse i retsaktens vedtagelse. Enhver uenighed om valg af rette hjemmel er endvidere ikke kun af formel karakter. Når den af sagsøgeren påberåbte hjemmel fastlægger en beslutningsprocedure, som er forskellig fra den procedure, som følger af den hjemmel, som retsaktens ophavsmand har valgt, får valget af hjemmel betydning for fastlæggelsen af retsaktens indhold. Valget af hjemmel kan derfor ikke afhænge af, at en institution udøver et skøn, men skal ske på grundlag af objektive forhold, som gør det muligt at foretage en domstolskontrol, såsom retsaktens formål og indhold<sup>42</sup>.

33. Anfægtelsen af, at der er anvendt en afledt hjemmel, er endvidere ikke kun af formel karakter, idet en afledt hjemmel har til formål at gøre det muligt at vedtage retsakter i henhold til en lempeligere procedure end den, som følger af den rette hjemmel, som fremgår af traktaten. Som jeg allerede har anført, adskiller den beslutningsproces,

39 — Fra 1958: jf. dom af 13.6.1958, sag 9/56, Meroni mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 55, org.ref.: Rec. s. 9, på s. 44, jf. endvidere Köster-dommen, præmis 9, og dom af 29.10.1980, sag 138/79, Roquette Frères mod Rådet, Sml. s. 3333, præmis 33.

40 — Dommen af 22.5.1990 i sagen Parlamentet mod Rådet, præmis 22.

41 — Dom af 10.7.1986, sag 149/85, Wybot, Sml. s. 2391, præmis 23.

42 — Dette fremgår af fast retspraksis: jf. f.eks. dom af 26.3.1987, sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 1493, præmis 11, af 13.5.1997, sag C-233/94, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 2405, præmis 12, af 14.4.2005, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2801, præmis 78, af 13.9.2005, sag C-176/03, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 7879, præmis 45, og af 10.1.2006, sag C-94/03, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 1, præmis 34.

som følger af den anfægtede afledte hjemmel (kvalificeret flertal i Rådet og høring af Parlamentet), sig fra de procedurer, som er indført ved artikel 67, stk. 5, EF, som er den hjemmel Parlamentet og Kommissionen har anført (enstemmighed i Rådet og høring af Parlamentet i de tilfælde, hvor udpegelsen af sikre lande udgør en del af den nødvendige lovgivning, eller kvalificeret flertal i Rådet og fælles beslutningstagning, hvis det omstridte direktiv skal anses for at udgøre det afsluttende trin).

34. Anvendelsen af en afledt hjemmel kan derfor ikke tiltrædes, idet dette er til skade for kompetencefordelingsprincipperne og den institutionelle ligevægt. Domstolen har i øvrigt over for en sagsøger, som havde gjort gældende, at Rådets direktiv 85/649/EØF af 31. december 1985 om forbud mod anvendelse af visse stoffer med hormonal virkning inden for husdyravl var blevet udstedt på grundlag af artikel 43 EF og ikke i henhold til den procedure, som var indført efter den afledte hjemmel, anført, at »det er traktaten, som regulerer spørgsmålet om, hvorledes Fællesskabets institutioner træffer afgørelse, og at bestemmelserne [...] hverken kan ændres af medlemsstaterne eller af institutionerne selv«<sup>43</sup>. Man kan ikke, som Rådet har anført, begrænse resultatet af denne løsning til kun at forbyde afledte hjemmeler,

der fører til, at den procedure, som er fastsat ved traktaten, bliver tungere<sup>44</sup>. Domstolens henvisning til det væsentlige i at beskytte de beslutningsprocedurer, som er indeholdt i traktaten, er klar og af generel karakter.

35. Hvad angår Rådets argument om, at anvendelsen af en afledt hjemmel på grundlag af praksis er lovlig, bemærkes endvidere, at Domstolen fuldt ud på linje med holdningen om, at sædvaner i strid med loven (contra legem) ikke kan forekomme i Fællesskabets retsorden<sup>45</sup>, allerede har afslået, at præcedens kan påberåbes som begrundelse for, at Rådet kan anvende et andet retsgrundlag end den rette hjemmel, idet »en praksis i Rådet ikke [kan] ændre traktatens bestemmelser og således ikke [kan] have en præcedensvirkning, der binder Fællesskabets institutioner med hensyn til spørgsmålet om, hvad der er rette hjemmel«<sup>46</sup>.

36. På baggrund af disse bemærkninger foreslår jeg Domstolen at fastslå, at Rådet ikke på nogen måde var kompetent til i det

43 — Dommen af 23.2.1988 i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet, præmis 38.

44 — I denne sag indførte den afledte hjemmel nemlig vedtagelse med enstemmighed i Rådet i stedet for kvalificeret flertal, som var fastsat ved traktaten.

45 — Jf. punkt 29 i nærværende forslag til afgørelse.

46 — Jf. dom af 26.3.1996, sag C-271/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1689, præmis 24, af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 19. Jf. endvidere dommen af 23.2.1988 i sagen Det Forenede Kongerige mod Rådet, præmis 24.

omstridte direktiv at indføre den anfægtede afledte hjemmel med henblik på at vedtage lovgivningsforanstaltninger efter en mere fleksibel procedure end den procedure, som er indeholdt i artikel 67, stk. 5, EF. Parlamentets anbringender om manglende kompetence og overtrædelse af traktaten bør derfor tages til følge, og de anfægtede bestemmelser annulleres.

*B — Anbringenderne om utilstrækkelig begrundelse og tilsidesættelse af princippet om loyalt samarbejde*

37. Da anbringenderne om manglende kompetence og overtrædelse af traktaten er begrundede og indebærer, at de anfægtede bestemmelser bør annulleres, er det uforment at tage stilling til Parlamentets to øvrige anbringender om utilstrækkelig begrundelse og tilsidesættelse af princippet om loyalt samarbejde.

### **III — Forslag til afgørelse**

38. Af ovenstående grunde foreslår jeg Domstolen

at annullere artikel 29, stk. 1 og 2, og artikel 36, stk. 3, i Rådets direktiv 2005/85/EF af 1. december 2005 om minimumsstandarder for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus i medlemsstaterne.