



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
J. KOKOTT  
fremsat den 21. marts 2013<sup>1</sup>

**Sag C-431/11**

**Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland  
mod**

**Rådet for Den Europæiske Union**

»Forbindelser udadtil — koordinering af de sociale sikringsordninger — planlagt aftale om ændring af bilag VI (social sikring) og protokol 37 til EØS-aftalen — udvidelse af reglerne i forordning (EF) nr. 883/2004 til at gælde Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde — Rådets afgørelse 2011/407/EU om den holdning, som Den Europæiske Union skal indtage i Det Blandede EØS-udvalg — valg af det korrekte materielle retsgrundlag — artikel 48 TEUF, artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF eller artikel 217 TEUF«

### **I – Indledning**

1. På hvilket retsgrundlag kan Den Europæiske Union lade sine interne socialretlige bestemmelser omfatte tredjelande? Dette politisk vanskelige spørgsmål er det centrale i den foreliggende retssag, i hvilken Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland og Rådet for den Europæiske Union står over for hinanden, støttet af hver sin intervenient.

2. Det, der udløste denne tvist, var udvidelsen af de nye EU-interne bestemmelser til koordinering af de sociale sikringsordninger til også at omfatte Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) ved en afgørelse truffet af Det Blandede EØS-udvalg. Til dette formål havde Rådet forinden med sin afgørelse 2011/407/EU<sup>2</sup> fastlagt den holdning, som Den Europæiske Union skulle indtage, idet det her støttede sig på bestemmelserne vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed på det europæiske indre marked, nærmere betegnet på artikel 48 TEUF.

3. Med det foreliggende annulationssøgsmaal anfægter Det Forenede Kongerige denne afgørelse. Modsat Rådet og Kommissionen er Det Forenede Kongerige, støttet af Irland, af den opfattelse, at det ikke er bestemmelserne vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed, der finder anvendelse, men derimod bestemmelserne vedrørende rettighederne for tredjelandsstatsborgere på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, nærmere betegnet artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF.

4. For en overfladisk betragtning kan sondringen mellem artikel 48 TEUF og artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF, eller forholdet mellem disse to bestemmelser vedrørende den generelle associeringskompetence i artikel 217 TEUF lyde ret så teknisk. I virkeligheden er den dog af stor praktisk betydning, især med hensyn til Det Forenede Kongerige og Irland. Som følge af en undtagelsesordning står det nemlig disse

<sup>1</sup> — Originalsprog: tysk.

<sup>2</sup> — Rådets afgørelse af 6.6.2011 om den holdning, som Den Europæiske Union skal indtage i Det Blandede EØS-udvalg vedrørende en ændring af bilag VI (social sikring) og protokol 37 til EØS-aftalen, EUT L 182, s. 12.

to medlemsstater frit for inden for rammerne af artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF, om de vil deltage i Unionens lovgivningsmæssige retsakter (den såkaldte »tilvalgsløsning«), hvorimod de inden for rammerne af artikel 48, stk. 1, TEUF ikke råder over nogen særlige rettigheder og hvad angår lovgivningsmæssige retsakter højst kan benytte sig af den såkaldte nødbremse-metode (artikel 48, stk. 2, TEUF).

5. Domstolens dom i den foreliggende sag vil blive retningsgivende for andre tilsvarende sager, i hvilke Unionen inden for rammerne af internationale aftaler ønsker at udvide visse socialretlige bestemmelser til at gælde tredjelande. I denne sammenhæng fortjener tilfældene Schweiz og Tyrkiet en særlig omtale, idet disse tilfælde for tiden er genstand for et annulleringsøgsmål anlagt af Det Forenede Kongerige mod Rådet<sup>3</sup>.

## II – Retsforskrifter

6. De retsforskrifter, der finder anvendelse i denne sag, findes for det første i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUF-traktaten) og for det andet i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen)<sup>4</sup>, inklusive de respektive tillægsprotokoller.

### A – Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde

7. Blandt bestemmelserne om fri bevægelighed i tredje del, afsnit IV, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde indgår artikel 48 TEUF, i hvilken stk. 1 har følgende ordlyd:

»Europa-Parlamentet og Rådet vedtager efter den almindelige lovgivningsprocedure de foranstaltninger vedrørende social tryghed, der er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed, især ved at indføre en ordning, som gør det muligt at sikre vandrende arbejdstagere og selvstændige samt deres ydelsesberettigede pårørende:

- a) sammenlægning af alle tidsrum, der i de forskellige nationale lovgivninger tages i betragtning med henblik på at indrømme og opretholde retten til ydelser og på beregning af disse
- b) betaling af ydelser til personer, der bor inden for medlemsstaternes områder.«

8. Artikel 79 TEUF, der hører under bestemmelserne vedrørende »et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed« i tredje del, afsnit V, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, lyder i uddrag som følger:

»1. Unionen udformer en fælles indvandringspolitik med henblik på at sikre en effektiv styring af migrationsstrømme i alle faser, en retfærdig behandling af tredjelandstatsborgere, der opholder sig lovligt i medlemsstaterne, samt forebyggelse og øget bekæmpelse af ulovlig indvandring og menneskehandel.

2. Med henblik på stk. 1 vedtager Europa-Parlamentet og Rådet efter den almindelige lovgivningsprocedure foranstaltninger på følgende områder:

[...]

- b) definition af rettighederne for tredjelandstatsborgere, der opholder sig lovligt i en medlemsstat, herunder betingelserne for fri bevægelighed og ophold i de øvrige medlemsstater

3 — De verserende sager C-656/11, Det Forenede Kongerige mod Rådet, og C-81/13, Det Forenede Kongerige mod Rådet.

4 — EFT 1994 L 1, s. 1.

[...]«

9. Supplerende skal der henvises til artikel 218, stk. 9, TEUF:

»Rådet vedtager på forslag af Kommissionen eller Unionens højtstående repræsentant for udenrigsanliggender og sikkerhedspolitik en afgørelse om suspension af anvendelsen af en aftale og om fastlæggelse af, hvilke holdninger der skal indtages på Unionens vegne i et organ nedsat ved en aftale, når dette organ skal vedtage retsakter, der har retsvirkninger, bortset fra retsakter, der supplerer eller ændrer den institutionelle ramme for aftalen.«

Protokol nr. 21 til TEU og til TEUF

10. Som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde er der knyttet en protokol om Det Forenede Kongeriges og Irlands stilling for så vidt angår området med frihed, sikkerhed og retfærdighed (protokol nr. 21). For Det Forenede Kongeriges vedkommende gælder denne protokol for hele området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, for Irlands vedkommende er artikel 75 TEUF undtaget fra protokollens anvendelsesområde (jf. artikel 9 i protokol nr. 21).

11. Det følger af artikel 1, stk. 1, første punktum, og artikel 3 i protokol nr. 21, at Det Forenede Kongerige og Irland »ikke [deltager] i Rådets vedtagelse af foranstaltninger«, der foreslås i henhold til tredje del, afsnit V, TEUF, medmindre de inden tre måneder efter, at et forslag eller initiativ er blevet forelagt, skriftligt meddeler Rådets formand, at de ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af sådanne foreslåede foranstaltninger.

12. Som det desuden fremgår af artikel 2 i protokol nr. 21, »er ingen bestemmelser i tredje del, afsnit V, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, ingen foranstaltninger vedtaget i henhold til nævnte afsnit, ingen bestemmelser i internationale aftaler indgået af Unionen i henhold til nævnte afsnit og ingen afgørelser truffet af Den Europæiske Unions Domstol om fortolkning af sådanne bestemmelser eller foranstaltninger bindende for eller finder anvendelse i Det Forenede Kongerige eller Irland«, og »ingen af disse bestemmelser, foranstaltninger eller afgørelser berører på nogen måde gældende fællesskabsret eller EU-ret eller udgør en del af EU-retten, således som de finder anvendelse på Det Forenede Kongerige eller Irland«.

## B – EØS-aftalen

13. EØS-aftalen blev vedtaget den 13. december 1993 af Rådet og Kommissionen fra de daværende Europæiske Fællesskabers side, idet EØF-traktatens artikel 238 (nu artikel 217 TEUF) blev anvendt som materielt retsgrundlag<sup>5</sup>. Det drejer sig om en blandet aftale, i hvilken ikke kun Den Europæiske Union som efterfølger til De Europæiske Fællesskaber, men også dennes medlemsstater deltager som kontraherende parter.

14. I henhold til aftalens artikel 1, stk. 1, er EØS-aftalen en associeringsaftale med det formål »at fremme vedvarende og afbalanceret styrkelse af de handelsmæssige og økonomiske forbindelser mellem de kontraherende parter på lige konkurrencevilkår og under overholdelse af samme regler med henblik på at oprette et ensartet europæisk økonomisk samarbejdsområde«.

5 — Rådets og Kommissionens afgørelse 94/1/EF, EKSF af 13.12.1993 om indgåelse af aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde mellem De Europæiske Fællesskaber, deres medlemsstater og Republikken Finland, Republikken Island, Fyrstendømmet Liechtenstein, Kongeriget Norge, Det Schweiziske Edsforbund, Kongeriget Sverige og Republikken Østrig, EFT 1994 L 1, s. 1.

15. Med henblik på at virkeliggøre EØS-aftalens mål omfatter associeringen ikke mindst de fire grundlæggende friheder på det europæiske indre marked, navnlig »fri bevægelighed for personer« [EØS-aftalens artikel 1, stk. 2, litra b)], samt »et nærmere samarbejde på andre områder såsom [...] socialpolitik« [EØS-aftalens artikel 1, stk. 2, litra f)].

16. I henhold til EØS-aftalens artikel 7 er »retsakter, der er omhandlet eller indeholdt i bilagene til denne aftale eller i afgørelser truffet af Det Blandede EØS-Udvalg, [...] bindende for de kontraherende parter og udgør eller skal gøres til en del af deres interne retsorden«, idet denne bestemmelses litra a) bestemmer, at »en retsakt svarende til en EØF-forordning skal som sådan gøres til en del af de kontraherende parter interne retsorden«.

17. EØS-aftalens artikel 28 indeholder en regel svarende til artikel 45 TEUF vedrørende arbejdskraftens frie bevægelighed inden for EØS, og EØS-aftalens artikel 29 indeholder en bestemmelse, der korresponderer med artikel 48 TEUF.

18. I EØS-aftalens artikel 98 tillægges Det Blandede EØS-udvalg beføjelse til at ændre bilagene og en række protokoller til EØS-aftalen, bl.a. protokol 37.

19. I den oprindelige affattelse af bilag VI (social sikring) til EØS-aftalen<sup>6</sup> er forordning (EØF) nr. 1408/71 anført i afsnittet »Omhandlede retsakter«<sup>7</sup>. Også i den oprindelige affattelse af protokol 37 til EØS-aftalen var der tale om samme forordning<sup>8</sup> i forbindelse med »Den Administrative Kommission for Vandrende Arbejdstageres Sociale Sikring«. Disse to henvisninger skal nu i henhold til Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 76/2011<sup>9</sup> i det væsentlige erstattes af henvisninger til forordning (EF) nr. 883/2004<sup>10</sup> og forordning (EF) nr. 988/2009<sup>11</sup>.

### III – Baggrunden for tvisten

20. De bestemmelser, der gjaldt inden for Unionen til koordinering af de sociale sikringsordninger, var længe indeholdt i forordning nr. 1408/71. Med virkning fra den 1. maj 2010 blev denne forordning erstattet af forordning nr. 883/2004, som senere igen blev ændret bl.a. ved forordning nr. 988/2009.

21. I Det Blandede EØS-udvalg havde man til hensigt, at bestemmelserne vedrørende social sikring i bilag VI til EØS-aftalen og i protokol 37 til EØS-aftalen skulle tilpasses til den ændrede retlige situation inden for Unionen og inddrage forordning nr. 883/2004 i EØS-aftalen. Til dette formål skulle navnlig henvisningerne til forordning nr. 1408/71 i bilag VI og i protokol 37 erstattes af henvisninger til forordning nr. 883/2004 og til forordning nr. 988/2009.

22. På denne baggrund fremlagde Kommissionen et forslag til en rådsafgørelse om den holdning, som Den Europæiske Union skulle indtage i Det Blandede EØS-udvalg. Den oprindelige version af dette forslag stammede fra den 9. september 2010 og hvilede endnu da på artikel 48 TEUF, 352 TEUF og 218, stk. 9, TEUF<sup>12</sup>. Senere, den 10. marts 2011, ændrede Kommissionen sit forslag, således at den

6 — EFT 1994 L 1, s. 327.

7 — Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, første gang offentliggjort i EFT 1971 L 149, s. 2, og senere flere gange ændret.

8 — EFT 1994 L 1, s. 206.

9 — Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 76/2011 af 1.7.2011 om ændring af bilag VI (social sikring) og protokol 37 til EØS-aftalen, EUT L 262, s. 33.

10 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 29.4.2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger, EUT L 166, s. 1.

11 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning om ændring af forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger og fastlæggelse af indholdet i bilagene, EUT L 284, s. 43.

12 — SEK(2010) 1013 endelig.

nu anvendte artikel 48 TEUF og 218, stk. 9, TEUF som retsgrundlag<sup>13</sup>. Kommissionen begrundede bortfaldet af artikel 352 TEUF som yderligere retsgrundlag med, at Lissabontraktaten i henhold til artikel 48 TEUF havde udvidet Unionens kompetence ud over det klassiske område for vandrende arbejdstagere til også at gælde selvstændige.

23. Den 6. juni 2011 vedtog Rådet afgørelse 2011/407, hvormed det fastlagde Unionens holdning i Det Blandede EØS-udvalg (herefter også »den anfægtede afgørelse«). Denne afgørelse hviler, som foreslået af Kommissionen, på artikel 48 TEUF og 218, stk. 9, TEUF.

24. Ved afgørelse nr. 76/2011 af 1. juli 2011 foretog Det Blandede EØS-udvalg de planlagte ændringer i bilag VI (social sikring) og i protokol 37 til EØS-aftalen. For at træde i kraft kræver denne afgørelse dog stadig, at en af de kontraherende parter opfylder visse forfatningsmæssige krav.

#### **IV – Forhandlingerne for Domstolen og parternes påstande**

25. Ved processkrift af 16. august 2011 har Det Forenede Kongerige anlagt annullationssøgsmål til prøvelse af afgørelse 2011/407. Det Forenede Kongerige er af den opfattelse, at den anfægtede afgørelse ikke skulle have været vedtaget på grundlag af artikel 48 TEUF, men på grundlag af artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF.

26. Domstolens præsident tillod ved kendelse af 10. januar 2012 Irland at intervenere til støtte for sagsøgeren og Kommissionen at intervenere til støtte for sagsøgte.

27. Det Forenede Kongerige har, støttet af Irland, nedlagt følgende påstande:

- Afgørelse 2011/407 annulleres.
- Den tidsmæssige virkning af denne afgørelse begrænses, indtil Rådet på grundlag af artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF har vedtaget en ny afgørelse om den holdning, som Den Europæiske Union skal indtage i Det Blandede EØS-udvalg vedrørende en ændring af bilag VI (social sikring) og protokol 37 til EØS-aftalen.
- Rådet tilpligtes at betale sagens omkostninger<sup>14</sup>.

28. Rådet har, støttet af Kommissionen, nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

29. Det Forenede Kongeriges søgsmål er blevet behandlet skriftligt og den 6. februar 2013 mundtligt for Domstolen.

13 — SEK(2011) 261 endelig.

14 — Irland har som intervenient ikke nedlagt påstand om betaling af sagens omkostninger.



## V – Bedømmelse

30. Det Forenede Kongeriges søgsmål hviler på ét enkelt annullationsanbringende: Ved fastlæggelsen af Unionens holdning har Rådet anvendt et forkert retsgrundlag og derved tilsidesat princippet om tildeling af kompetence (artikel 5, stk. 1, første punktum, TEU)<sup>15</sup>.

31. I *processuel henseende* er alle parter enige om, at Unionens holdning med rette blev fastlagt af Rådet i form af en afgørelse efter artikel 218, stk. 9, TEUF. Det Blandede EØS-udvalg er nemlig et af EØS-aftalen etableret organ, som træffer retsgyldige afgørelser om ændring af bilagene og en række protokoller til denne aftale (EØS-aftalens artikel 98).

32. Det er endvidere ubestridt, at en sådan rådsafgørelse til fastlæggelse af Fællesskabets holdning ud over artikel 218, stk. 9, TEUF også kræver et *materielt retsgrundlag*, der angiver omfanget af Unionens kompetence og således i sidste instans den handlefrihed, der tilkommer Unionen i henhold til traktaterne<sup>16</sup>. Det er derimod genstand for intense diskussioner, om dette retsgrundlag i den foreliggende sag skal søges i bestemmelserne vedrørende det indre marked eller i bestemmelserne vedrørende området med frihed, sikkerhed og retfærdighed eller i associeringskompetencen i henhold til artikel 217 TEUF.

33. Det forhold, at valget af det korrekte retsgrundlag har stor praktisk og institutionel, og endda forfatningsretlig betydning<sup>17</sup>, er netop i en sag som den foreliggende indlysende: Valget af retsgrundlag er bestemmende for, om Det Forenede Kongerige og Irland kan gøre brug af de særrettigheder, som »tilvalgsløsningen« giver dem i henhold til protokol nr. 21 til TEU og til TEUF.

### A – Valget af det korrekte materielretlige retsgrundlag

34. Ifølge fast retspraksis skal valget af hjemmel for en EU-retsakt foretages på grundlag af objektive forhold, herunder bl.a. retsaktens formål og indhold, som gør det muligt at foretage en domstolskontrol<sup>18</sup>.

35. Med den anfægtede afgørelse blev den holdning, som Unionen skulle indtage i Det Blandede EØS-udvalg, i det væsentlige fastlagt, således at de nye bestemmelser, der indtil nu kun gælder inden for EU, til koordinering af de sociale sikringsordninger i henhold til forordning nr. 883/2004 og nr. 988/2009<sup>19</sup> skulle udstrækkes til at gælde for hele EØS<sup>20</sup>.

15 — Hvad særligt angår princippet om begrænset kompetencetildeling på området for Unionens optræden udadtil jf. Domstolens udtalelse 2/94 af 28.3.1996, Fællesskabets tiltrædelse af konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, Sml. I, s. 1759, præmis 23 og 24, udtalelse 2/00 af 6.12.2001, Sml. I, s. 9713, præmis 5, udtalelse 1/08 af 30.11.2009, Sml. I, s. 11129, præmis 110, og dom af 1.10.2009, sag C-370/07, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 8917, præmis 46 og 47.

16 — Dommen i sagen Kommissionen mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 15; i samme retning allerede dom af 14.7.1976, forenede sager 3/76, 4/76 og 6/76, Kramer m.fl., Sml. s. 1279, præmis 19, ifølge hvilken »såvel fællesskabsrettens system som dens materielle bestemmelser [bør] tages i betragtning«; jf. endvidere Domstolens udtalelse 2/94, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 23 ff.

17 — Jf. Domstolens udtalelse 2/00, præmis 5, udtalelse 1/08, præmis 110, og dommen i sagen Kommissionen mod Rådet, præmis 47, alle nævnt ovenfor i fodnote 15.

18 — Dom af 11.6.1991, sag C-300/89, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2867, præmis 10, af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 182, og af 19.7.2012, sag C-130/10, Parlamentet mod Rådet, præmis 42.

19 — I det følgende vil jeg for nemheds skyld udelukkende tale om forordning nr. 883/2004.

20 — Jf. især anden betragtning til den anfægtede afgørelse: »Det er relevant at indarbejde, [forordning nr. 883/2004 og forordning nr. 988/2009] i EØS-aftalen [...]«

## 1. Artikel 79 TEUF er ikke noget egnet retsgrundlag

36. Ved at lade forordning nr. 883/2004 gælde for hele EØS udvides dens geografiske anvendelsesområde ud over Unionens område til de tre EFTA-stater, Norge, Island og Liechtenstein. Dette medfører nødvendigvis, at også denne forordnings personelle anvendelsesområde fremover vil indbefatte en række yderligere personer, som ikke er EU-borgere, men har statsborgerskab i tredjelande. Dette har Det Forenede Kongerige og Irland eftertrykkeligt påpeget.

37. For en overfladisk betragtning ville artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF derfor kunne være *sedes materiae* (materielt retsgrundlag), idet denne bestemmelse udtrykkeligt giver mulighed for at vedtage en »definition af rettighederne for tredjelandstatsborgere, der opholder sig lovligt i en medlemsstat, herunder betingelserne for fri bevægelighed og ophold i de øvrige medlemsstater«. Dette kunne også omfatte ordninger vedrørende social sikring af tredjelandstatsborgere<sup>21</sup>.

38. Det er ubestridt, at denne bestemmelse allerede flere gange har dannet grundlag for retsakter, som inden for aftaler med tredjelande tilsigtede at lade deres statsborgere være omfattet af anvendelsesområdet for socialretlige bestemmelser i EU-retten<sup>22</sup>. Denne omstændighed kan dog ikke i sig selv være udslagsgivende, når det drejer sig om at bestemme det korrekte retsgrundlag for den her anfægtede rådsafgørelse<sup>23</sup>.

39. Det må tages i betragtning, at artikel 79 TEUF er en del af reglerne på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed og hører under kapitlet om politikkerne for grænsekontrol, asyl og indvandring. Som det fremgår af artiklens stk. 1, har artikel 79 TEUF da også et specifikt formål: Bestemmelsen tjener til at udvikle en fælles indvandringspolitik »med henblik på at sikre en effektiv styring af migrationsstrømme i alle faser, en retfærdig behandling af tredjelandstatsborgere, [...] samt forebyggelse og øget bekæmpelse af ulovlig indvandring og menneskehandel«. Alle foranstaltninger, der hviler på artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF, skal ses i denne sammenhæng og vedtages i øvrigt udtrykkeligt »[m]ed henblik på stk. 1«.

40. Denne formålsbestemmelse og den sammenhæng, hvori artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF indgår, passer ikke til en foranstaltning som den, der er tvistens genstand i den foreliggende sag.

41. Den anfægtede afgørelse begrænser sig nemlig ikke til at tildele tredjelandstatsborgere, der opholder sig lovligt i medlemsstaterne, visse sociale rettigheder inden for rammerne af en fælles indvandringspolitik for at sikre dem »en retfærdig behandling« som omhandlet i artikel 79, stk. 1, TEUF. Denne afgørelse går betydeligt videre. Den har til formål at videreudvikle den associering, der er skabt ved EØS-aftalen med de tre EFTA-stater, Norge, Island og Liechtenstein, og er en del af de

21 — Dette fremgår ikke mindst af erklæring ad artikel 48 og 79 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (erklæring nr. 22 knyttet som bilag til slutakten fra den regeringskonference, der vedtog Lissabontraktaten, undertegnet den 13.12.2007, EUT 2008 C 115, s. 346, og EUT 2012 C 326, s. 348).

22 — Det drejer sig om de seks rådsafgørelser 2010/697/EU, EUT L 306, s. 1, 2010/698/EU, EUT L 306, s. 8, 2010/699/EU, EUT L 306, s. 14, 2010/700/EU, EUT L 306, s. 21, 2010/701/EU, EUT L 306, s. 28, og 2010/702/EU, EUT L 306, s. 35, af 21.10.2010 om den holdning, Unionen skal indtage i associeringsrådene med Marokko, Tunesien, Algeriet og Israel samt i stabiliserings- og associeringsrådene med Makedonien og Kroatien, for det andet om de tre rådsafgørelser 2012/773/EU, EUT L 340, s. 1, 2012/774/EU, EUT L 340, s. 7, og 2012/775/EU, EUT L 340, s. 13, af 6.12.2012 om den holdning, Unionen skal indtage i stabiliserings- og associeringsrådene med Albanien og Montenegro samt i samarbejdsudvalget med San Marino. Inden for EU har artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF (tidligere artikel 63, stk. 4, EF) desuden tjent som retsgrundlag for vedtagelsen af Rådets forordning (EF) nr. 859/2003 af 14.5.2003 om udvidelse af bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 1408/71 og forordning (EØF) nr. 574/72 til at omfatte tredjelandstatsborgere, der ikke allerede er dækket af disse bestemmelser udelukkende på grund af deres nationalitet, EFT L 124, s. 1, og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1231/2010 af 24.11.2010 om udvidelse af forordning (EF) nr. 883/2004 og forordning (EF) nr. 987/2009 til at omfatte tredjelandstatsborgere, der ikke allerede er omfattet af disse forordninger udelukkende på grund af deres nationalitet, EUT L 344, s. 1.

23 — Dom af 6.11.2008, sag C-155/07, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 8103, præmis 34, og af 8.9.2009, sag C-411/06, Kommissionen mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7585, præmis 77, samt Domstolens udtalelse 1/94 af 15.11.1994, Sml. I, s. 5267, præmis 52, og udtalelse 1/08, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 172.

foranstaltninger, der tjener til i størst muligt omfang at udstrække det europæiske indre markeds lovgivning til at gælde for EØS<sup>24</sup>. Statsborgere i de tre EFTA-stater, Norge, Island og Liechtenstein skal kunne udnytte den frie bevægelighed for personer under de samme sociale vilkår som EU-borgere.

42. Derudover er formålet med den anfægtede afgørelse, som Kommissionen med rette fremhæver, på ingen måde kun en regulering af de sociale rettigheder for *tredjelandstatsborgere* – nordmænd, islændinge og liechtensteinere – i EU, men også omvendt en regulering af de sociale rettigheder for *EU-borgere* i de tre pågældende EFTA-stater. Med den ændring af EØS-aftalen, som den anfægtede afgørelse tilsigter, kan således – for at nævne et eksempel – ikke kun en norsk statsborger inden for EU-området udnytte den koordinering af de sociale sikringsystemer, som forordning nr. 883/2004 har bevirket, men det samme kan også en EU-borger i Norge. I henhold til EØS-aftalens artikel 7, litra a), er en EU-forordning, som der henvises til i et bilag til EØS-aftalen, bindende for alle de kontraherende parter – altså også for de tre pågældende EFTA-stater – og skal som sådan gøres til en del af deres interne retsorden. Forordningen kræver ikke – i modsætning til hvad Irland mener – nogen national gennemførelsesforanstaltning.

43. På denne baggrund skal Det Forenede Kongeriges og Irlands anbringende forkastes, ifølge hvilket artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF skulle være det korrekte retsgrundlag for den anfægtede afgørelse.

2. Artikel 48 TEUF er heller ikke noget egnet retsgrundlag

44. Lige så lidt er det efter min opfattelse muligt at vedtage den anfægtede afgørelse på grundlag af artikel 48 TEUF, således som Rådet og Kommissionen har lagt til grund.

45. Det skyldes ikke primært, at bestemmelserne til koordinering af de sociale sikringsordninger i henhold til forordning nr. 883/2004 også omfatter ikke-erhvervsaktive personer på deres anvendelsesområde<sup>25</sup>. Denne forordning beskæftiger sig nemlig ikke hovedsageligt med social sikring af personer, der ikke selv udøver nogen erhvervsaktivitet. Forordningen vedrører tværtimod overvejende den sociale sikring af erhvervsaktive, især arbejdstagere og selvstændige. Den sociale sikring af ikke-erhvervsaktive personer udgør allerhøjst et randområde, som forordning nr. 883/2004 ganske vist også regulerer, men som er milevidt fra at udgøre dens hovedgenstand. Derfor er dette aspekt ikke afgørende for valget af retsgrundlag<sup>26</sup>. Valget af retsgrundlag for en EU-retsakt skal nemlig rette sig efter, hvor hovedvægten af dens normative indhold ligger<sup>27</sup>.

46. Det er imidlertid med fuld ret, at Det Forenede Kongerige og Irland påpeger, at artikel 48 TEUF kun kan anvendes som hjemmel til vedtagelse af foranstaltninger inden for Unionen og desuden kun vedrører social sikring for EU-borgere, men ikke for tredjelandstatsborgere.

24 — Generelt vedrørende denne målsætning for EØS jf. dom af 23.9.2003, sag C-452/01, Ospelt og Schlössle Weissenberg, Sml. I, s. 9743, præmis 29, og af 22.1.1997, sag T-115/94, Opel Austria mod Rådet, Sml. II, s. 39, præmis 107, samt femte betragtning til EØS-aftalen.

25 — Som det fremgår af sagens akter og af den mundtlige forhandling, er den egentlige anstødssten for Det Forenede Kongerige *ud fra et politisk synspunkt* netop det forhold, at det i EØS gældende system til koordinering af de sociale sikringsordninger skal omfatte ikke-erhvervsaktive personer. Under retsforhandlingerne ved Domstolen har Det Forenede Kongerige ganske vist tilkendegivet, at det er indstillet på at nå frem til en bilateral løsning svarende til forordning nr. 883/2004 med de tre EFTA-stater, Norge, Island og Liechtenstein, dog med udelukkelse af kategorien af ikke-erhvervsaktive personer.

26 — I samme retning dom af 11.10.2001, forenede sager C-95/99 - C-98/99 og C-180/99, Khalil m.fl., Sml. I, s. 7413, præmis 55-58, navnlig præmis 56 vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt statsløse og flygtninge er omfattet af forordning nr. 1408/71.

27 — Hvis en gennemgang af en foranstaltning viser, at den har et dobbelt formål, eller at den består af to led, og det ene af disse formål eller af disse led kan bestemmes som det primære, mens det andet kun er sekundært, skal retsakten have en enkelt hjemmel, nemlig den, der kræves af det primære formål eller led, jf. dommen af 6.11.2008 i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 35, og af 19.7.2012 i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 43; i samme retning allerede dom af 17.3.1993, sag C-155/91, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 939, præmis 19 og 21.



47. Artikel 48 TEUF gør det blot muligt at vedtage »de foranstaltninger vedrørende social tryghed, der er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed«. Den hører under samme kapitel i traktaten som artikel 45, stk. 1, TEUF, der bestemmer, at arbejdskraftens frie bevægelighed kun sikres »inden for Unionen«. Domstolen har da også allerede fastslået, at artikel 45 TEUF (tidligere artikel 48 EØF) kun sikrer den frie bevægelighed »for personer, der er arbejdstagere i medlemsstaterne«<sup>28</sup>, dvs. EU-borgere<sup>29</sup>.

48. I overensstemmelse hermed kan tredjelandstatsborgere ikke inden for Unionen påberåbe sig retten til fri bevægelighed i henhold til artikel 45 TEUF<sup>30</sup>, og EU-lovgiver har ikke beføjelse til udelukkende med hjemmel i artikel 48 TEUF at iværksætte særlige foranstaltninger til koordinering af de sociale sikringsordninger mellem Unionen og tredjelande. Sådanne foranstaltninger er nemlig ikke påkrævede for at sikre arbejdskraftens frie bevægelighed (inden for EU) som omhandlet i artikel 45 TEUF og 48 TEUF.

49. Ganske vist anser jeg det ikke – i modsætning til Det Forenede Kongerige og Irland – for udelukket, at EU-organerne kan basere sig på de kompetencer, de har fået tildelt til etablering af det indre marked, for at de i forbindelse med vedtagelse af regler for EU-borgere og -virksomheder samtidig også kan regulere situationen for tredjelandstatsborgere, f.eks. hvis dette er nødvendigt for at etablere lige konkurrencebetingelser på det indre marked<sup>31</sup>.

50. I den foreliggende sag drejer det sig imidlertid ikke kun om, at situationen for tredjelandstatsborgere reguleres i forbindelse med vedtagelsen af en socialretlig ordning *for EU-området*. Genstanden for den anfægtede afgørelse er derimod først og fremmest udvidelsen af den eksisterende socialretlige ordning, forordning nr. 883/2004, til at gælde tredjelande – de tre EFTA-stater, Norge, Island og Liechtenstein<sup>32</sup>.

51. På baggrund heraf kan artikel 48 TEUF lige så lidt som artikel 79 TEUF anvendes som retsgrundlag for den anfægtede afgørelse.

### 3. Artikel 217 TEUF ville have været det korrekte materielle retsgrundlag

52. Det er afgørende for bestemmelsen af det korrekte retsgrundlag for den anfægtede afgørelse, at denne afgørelse udgør det første, nødvendige skridt inden for Unionen på vejen mod en ændring og videreudvikling af EØS-aftalen. Til dette formål bør den samme *materielle* bemyndigelse lægges til grund som oprindeligt ved vedtagelsen af EØS-aftalen, nemlig associeringskompetencen i artikel 217 TEUF.

53. På tidspunktet for indgåelsen af EØS-aftalen blev den dagældende forordning nr. 1408/71 indarbejdet i bilag VI (social sikring) og i protokol 37 til aftalen, og på den måde blev det regelsæt til koordinering af de sociale sikringsordninger, som aftalen indeholdt, udvidet til at gælde hele EØS.

54. Det var kun gyldigheden af forordning nr. 1408/71 inden for Unionen, der i sin tid blev vedtaget på grundlag af artikel 48 TEUF (tidligere artikel 51 EØF), hvorimod udstrækningen til EØS af det system, der blev skabt med denne forordning, blev udvirket af selve EØS-aftalen, dvs. den blev vedtaget på grundlag af associeringskompetencen i artikel 217 TEUF (tidligere artikel 238 EØF).

28 — Dom af 5.7.1984, sag 238/83, Meade, Sml. s. 2631, præmis 7.

29 — Generaladvokat Mancinis forslag til afgørelse af 30.5.1984 i Meade-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 28, og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 30.11.2000 i sagen Khalil m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 26, punkt 19.

30 — Arbejdskraftens frie bevægelighed inden for EØS er derimod sikret ved EØS-aftalens artikel 28.

31 — I samme retning dommen i sagen Khalil m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 56; jf. desuden mit forslag til afgørelse af 26.3.2009 i sag C-13/07, Kommissionen mod Rådet, »Vietnam«, ikke offentliggjort i Samling af Afgørelser, punkt 149, hvor jeg behandler den af Det Forenede Kongerige og Irland fremførte passus i Domstolens udtalelse 1/94, nævnt ovenfor i fodnote 23, især præmis 81 og 86.

32 — Jf. ovenfor, punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

55. Det ville være meningsløst, hvis der skulle gælde noget andet for den efterfølgende ordning, der erstatter forordning nr. 1408/71, nemlig forordning nr. 883/2004.

56. Det må også med hensyn til forordning nr. 883/2004 snarere lægges til grund, at det kun er dens gyldighed inden for Unionen, der støttes på artikel 48 TEUF. Derimod bygger Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse, ved hvilken denne forordning i stedet for forordning nr. 1408/71 fremover er indarbejdet i bilag VI (social sikring) og i protokol 37 til EØS-aftalen og dermed udstrækkes til hele EØS, ud fra et EU-retligt synspunkt sin legitimitet på associeringskompetencen i artikel 217 TEUF. Det samme må gælde for den anfægtede afgørelse, som fastsætter Unionens holdning, før Det Blandede EØS-udvalg træder i aktion, og dermed i sidste ende forbereder Unionens indsats på internationalt plan og de tilsigtede tilpasninger af EØS-aftalen.

57. I modsætning til artikel 48 TEUF giver artikel 217 TEUF helt utvivlsomt mulighed for at etablere ordninger vedrørende Unionens forhold til tredjelande og også for at give andre personer end EU-borgere, herunder ikke-erhvervsaktive personer, adgang til disse ordninger. Det er netop sådanne ordninger, som vedrører Unionens forhold til disse tredjelandes statsborgeres retsstilling, der udgør en associeringsaftale. I samme retning har Domstolen allerede for lang tid siden fastslået, at artikel 217 TEUF (tidligere artikel 238 EØF) nødvendigvis må give Unionen kompetence til at sikre overholdelsen af de pågældende forpligtelser over for tredjelande inden for alle de områder, der er omfattet af traktaterne<sup>33</sup>.

58. Selv om man antog, at de samme eller i det mindste lignende ordninger til koordinering af de sociale sikringsordninger med hensyn til tredjelandstatsborgere også kunne vedtages med hjemmel i artikel 79, stk. 2, litra b), TEUF, ville det alligevel være artikel 217 TEUF, der inden for rammerne af en associeringsaftale med tredjelande skulle anses for *lex specialis* især inden for rammerne af en så tæt associering som EØS-aftalen<sup>34</sup>.

59. Imod anvendelsen af artikel 217 TEUF som bemyndigelse til en afgørelse som den her anfægtede kan det ikke indvendes, at Det Blandede EØS-udvalgs beslutningsprocedure på denne måde vanskeliggøres i urimelig grad.

60. For det første er det nemlig ikke procedurerne, der definerer retsgrundlaget, men retsgrundlaget for en retsakt, der afgør, hvilke procedurer der skal anvendes ved vedtagelsen af denne<sup>35</sup>.

61. For det andet medfører anvendelsen af artikel 217 TEUF som materielt retsgrundlag i den foreliggende sag ikke nogen ændring i proceduren. I processuel henseende forbliver artikel 218, stk. 9, TEUF nemlig anvendelig, inden for hvis anvendelsesområde Rådet træffer afgørelse med kvalificeret flertal (artikel 16, stk. 3, TEU). Kravet om enstemmighed i Rådet (artikel 218, stk. 8, andet afsnit, TEUF) vedrører, ligesom kravet om godkendelse fra Europa-Parlamentet [artikel 218, stk. 6, litra a), nr. i), TEUF], efter sit indhold og formål kun første gang, en associeringsaftale indgås, eller strukturelle ændringer i en sådan aftale, for hvilke artikel 218, stk. 9, TEUF i henhold til sidste halvdel af sætningen (»bortset fra retsakter [...]«) ikke gælder.

62. På denne baggrund når jeg til den konklusion, at artikel 217 TEUF ville have været det korrekte materielle retsgrundlag for den anfægtede afgørelse, og at artikel 218, stk. 9, TEUF i denne sammenhæng fortsat ville have fundet anvendelse med hensyn til proceduren.

33 — Dom af 30.9.1987, sag 12/86, Demirel, Sml. s. 3719, præmis 9.

34 — I samme retning også dommen af 6.11.2008 i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 34, ifølge hvilken en retsakt, når to bestemmelser kan danne hjemmel for den, altid skal have hjemmel i den mest specifikke af disse.

35 — Dommen af 19.7.2012 i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 80.

63. I procesretlig henseende er Domstolen i den foreliggende sag i øvrigt ikke forhindret i at fastslå, at artikel 217 TEUF er det korrekte retsgrundlag for den anfægtede afgørelse. Det Forenede Kongerige har nemlig, støttet af Irland, udtrykkeligt gjort gældende, at retsgrundlaget var forkert og dermed gjort det til genstand for sagen. Desuden kan Domstolen ved sin uafhængige bedømmelse af problemstillingen vedrørende retsgrundlaget ikke udelukkende være bundet af de primærretlige bestemmelser, som parterne i sagen har anført (fra den ene side artikel 79 TEUF og fra den anden artikel 48 TEUF). En dommer er nemlig ikke »parternes talerør«<sup>36</sup>. Svarende hertil kan han således ikke være fuldstændig bundet af de argumenter, som parterne har fremført til støtte for deres krav, da han i modsat fald kan tænkes at blive nødsaget til at basere sin afgørelse på urigtige retlige betragtninger<sup>37</sup>. Endelig er der heller ingen betænkeligheder med hensyn til retten til at blive hørt og kravene til en kontradiktorisk proces<sup>38</sup>, da muligheden for at anvende artikel 217 TEUF som materielt retsgrundlag udtrykkeligt blev drøftet under den mundtlige forhandling med alle procesdeltagerne.

#### 4. Subsidiært: anvendelse af artikel 216, stk. 1, TEUF

64. Kun for det tilfældes skyld, at Domstolen ikke følger min fremstilling vedrørende artikel 217 TEUF, vil jeg her tilføje, at det i den foreliggende sag også kunne komme på tale at anvende artikel 216, stk. 1, TEUF. Denne bestemmelse kodificerer i det væsentlige den såkaldte AETR-doktrin<sup>39</sup>, som navnlig Rådet har henvist til i sit skriftlige indlæg for Domstolen, og som de øvrige procesdeltagere ligeledes har kunnet tage stilling til.

65. Artikel 216, stk. 1, TEUF giver Unionen bemyndigelse til at indgå en international aftale med et eller flere tredjelande, »når der i traktaterne er fastsat bestemmelser herom, eller når indgåelsen af en aftale enten er nødvendig for i forbindelse med Unionens politikker at nå et af de mål, der er fastlagt i traktaterne, eller er foreskrevet i en juridisk bindende EU-retsakt eller kan berøre fælles regler eller ændre deres rækkevidde«.

66. EØS-aftalen er en international aftale, som De Europæiske Fællesskaber som forgænger for Unionen har indgået med tredjelande. I henhold til artikel 216, stk. 2, TEUF er denne aftale bindende for både Unionen og medlemsstaterne og skal således anses for en bindende EU-retsakt som omhandlet i artikel 216, stk. 1, TEUF.

67. Indholdsmæssigt tilsigter EØS-aftalen at fremme lige konkurrencevilkår under overholdelse af samme regler med henblik på at oprette et ensartet europæisk økonomisk samarbejdsområde (EØS-aftalens artikel 1, stk. 1). Formålet med EØS er ikke mindst at sikre fri bevægelighed for personer [EØS-aftalens artikel 1, stk. 2, litra b)], som ledsages af et tæt samarbejde bl.a. på det socialpolitiske område [EØS-aftalens artikel 1, stk. 2, litra f)].

68. For at virkeliggøre disse mål i EØS-aftalen er det nødvendigt også på EØS-plan at foretage en ajourføring og forenkling af de regler, der gælder inden for Unionen til koordinering af de sociale sikringsordninger, således som det er sket ved, at forordning nr. 1408/71 er blevet afløst af forordning nr. 883/2004<sup>40</sup>. Hvis man ikke erstattede henvisningen til den gamle forordning med en henvisning til den nye forordning i bilag VI (social sikring) og i protokol 37 til EØS-aftalen, ville udøvelsen af den frie

36 — Således allerede generaladvokat Léger i hans forslag til afgørelse af 2.4.1998 i sag C-252/96 P, Parlamentet mod Gutiérrez de Quijano y Lloréns, Sml. I, s. 7421, punkt 36.

37 — I samme retning kendelse af 27.9.2004, sag C-470/02 P, UER/M6 m.fl., EU:C:2004:565, præmis 69, og dom af 21.9.2010, forenede sager C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, Sverige mod API og Kommissionen, Sml. I, s. 8533, præmis 65.

38 — Dom af 2.12.2009, sag C-89/08 P, Kommissionen mod Irland m.fl., Sml. I, s. 11245, især præmis 50 og 51, og af 17.12.2009, fornyet prøvelse af dom i sag C-197/09 RX-II, M/EMEA, Sml. I, s. 12033, præmis 39-42.

39 — AETR-doktrinen går tilbage til dom af 31.3.1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, »AETR«, Sml. s. 263, præmis 15-19; et sammendrag af nyere dato findes f.eks. i Domstolens udtalelse 1/03 af 7.2.2006, Sml. I, s. 1145, præmis 114-133.

40 — Jf. herom tredje betragtning til forordning nr. 883/2004.

bevægelighed for personer i EØS ikke foregå under de samme sociale betingelser som inden for Unionen. Dette ville medføre en fare for, at det grundlæggende formål med EØS, som består i at skabe lige konkurrencevilkår under de samme regler inden for et ensartet økonomisk samarbejdsområde, ville blive påvirket.

69. I sidste ende sikrer den med den anfægtede afgørelse tilsigtede udvidelse af forordning nr. 883/2004 til at gælde hele EØS følgelig, at »fælles regler« som omhandlet i artikel 216, stk. 1, TEUF – her EØS-aftalen, som er bindende for Unionen og alle dens medlemsstater – ikke påvirkes<sup>41</sup>.

70. Derfor ville det også være muligt at lade den anfægtede afgørelse hvile på den AETR-doktrin, der kommer til udtryk i artikel 216, stk. 1, TEUF. Eftersom der med artikel 217 TEUF imidlertid findes et andet, mere specifikt materielt retsgrundlag for den anfægtede afgørelse<sup>42</sup>, er det i den sidste ende ikke artikel 216, stk. 2, TEUF, men artikel 217 TEUF, der skal anvendes<sup>43</sup>.

#### *B – Den effektive virkning af protokol nr. 21 til TEU og til TEUF*

71. Supplerende tillader jeg mig at bemærke, at anvendelsen af artikel 217 TEUF – såvel som af artikel 48 TEUF eller tillige artikel 216, stk. 1, TEUF – i en sag som den foreliggende ikke fratager protokol nr. 21 til TEU og til TEUF dens effektive virkning.

72. Protokol nr. 21 indeholder særregler for Det Forenede Kongerige og Irland med hensyn til området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Ifølge protokollen gælder foranstaltninger, der foreslås i henhold til tredje del, afsnit V, TEUF, for Det Forenede Kongerige og for Irland kun i det omfang, disse to medlemsstater udtrykkeligt og skriftligt meddeler, at de ønsker at deltage i disse foranstaltninger (»tilvalgsløsning«, jf. artikel 1, stk. 1, første punktum, sammenholdt med artikel 3, i protokol nr. 21).

73. Det materielle anvendelsesområde for denne særbestemmelse er udtrykkeligt begrænset til området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Som undtagelsesbestemmelse skal den desuden fortolkes snævert.

74. Indholdet af og formålet med protokol nr. 21 er ikke at overlade det til Det Forenede Kongeriges og Irlands frie skøn, om de på andre delområder af EU-retten, især inden for rammerne af det frie marked eller af associering med tredjelande, vil deltage i de foranstaltninger, som EU-institutionerne beslutter, og være bundet af dem.

75. Tilsvarende kan tilvalgsløsningen ikke anvendes på vedtagelsen af foranstaltninger, der – som den her omtvistede rådsafgørelse – vedrører udvidelsen af de bestemmelser, der gælder inden for det indre marked, til tredjelande.

76. Det ville påvirke den måde, en associeringsaftale fungerer på, betydeligt – dette gælder i høj grad EØS-aftalen, som på området for det indre marked og den frie bevægelighed for personer fører til fuld associering – hvis de enkelte EU-medlemsstater i forhold til de associerede stater eller disses statsborgere kun anvendte en del af det EU-retlige *acquis*, og de på denne måde kunne betinge sig en særbehandling.

41 – Vedrørende Unionens eksterne kompetence, når der er udstedt fælles regler, som kan påvirkes, jf. også Domstolens udtalelse 1/03, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 116.

42 – Jf. ovenfor, punkt 52-63 i dette forslag til afgørelse.

43 – Jf. herom endnu en gang dommen af 6.11.2008 i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 34, ifølge hvilken en retsakt, når to bestemmelser kan danne hjemmel for den, altid skal have hjemmel i den mest specifikke af disse.



77. Hvis man også i forbindelse med foranstaltninger som den anfægtede afgørelse ville lukke op for en tilvalgsløsning og dermed i sidste ende for tanken om et Europa *à la carte*, ville det ikke blot bringe det indre marked som en af grundpillerne i Den Europæiske Union i fare, men også grundlæggende sætte spørgsmålstegn ved EØS' eksistens. Der ville være fare for en opsplittning af dette indre marked, som er udvidet med de tre EFTA-stater, Norge, Island og Liechtenstein, med negative følger for ligebehandlingen af alle aktive personer og virksomheder på dette indre marked og for ensartetheden af de konkurrencebetingelser, der skal anvendes på denne.

#### *C – Konsekvenserne af valget af det forkerte retsgrundlag for gyldigheden af den anfægtede afgørelse*

78. Som konstateret ovenfor har Rådet valgt et forkert retsgrundlag for den omtvistede afgørelse. Denne afgørelse skulle rettelig have været vedtaget på grundlag af associeringskompetencen i artikel 217 TEUF som materielt retsgrundlag sammen med det processuelle retsgrundlag i artikel 218, stk. 9, TEUF.

79. Valget af det forkerte retsgrundlag for en EU-retsakt betyder dog ikke nødvendigvis, at denne EU-retsakt skal annulleres. Ifølge retspraksis skal der ses bort fra en annullation af retsakten, hvis anvendelsen af et ukorrekt retsgrundlag ikke kunne påvirke retsaktens indhold eller proceduren for dens vedtagelse, og det derfor drejede sig om en rent formel mangel<sup>44</sup>.

80. Sådan forholder det sig i den foreliggende sag. I henhold til artikel 218, stk. 9, TEUF skulle den anfægtede afgørelse vedtages i Rådet med kvalificeret flertal og uden deltagelse af Europa-Parlamentet<sup>45</sup>, uanset om det er artikel 217 TEUF, artikel 216, stk. 1, TEUF eller artikel 48 TEUF, der skal anses for det korrekte retsgrundlag. Desuden tillader ingen af de nævnte materielle retsgrundlag Det Forenede Kongerige og Irland at gøre brug af den særlige ordning i protokol nr. 21 til TEU og til TEUF.

81. Dermed kan valget af det forkerte retsgrundlag i den foreliggende sag ikke begrunde en annullation af den anfægtede afgørelse.

82. Hvis Domstolen imidlertid – imod ovenstående henstilling – skulle give Det Forenede Kongerige medhold, ville jeg anse det for hensigtsmæssigt at lade virkningerne af den anfægtede afgørelse bestå, indtil der er vedtaget en ny rådsafgørelse med samme indhold på det korrekte retsgrundlag (artikel 264, stk. 2, TEUF). Ikke mindst Det Forenede Kongerige og Irland har selv udtalt sig til fordel for denne løsning.

#### **VI – Sagsomkostninger**

83. I henhold til artikel 138, stk. 1, i procesreglementet af 25. september 2012 pålægges den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da det efter den af mig foreslåede løsning er Det Forenede Kongerige, der har tabt sagen, og Rådet har nedlagt påstand herom, pålægges det Det Forenede Kongerige at betale sagsomkostningerne. Særskilt bærer Irland og Kommissionen i henhold til procesreglementets artikel 140, stk. 1, som intervenienter deres egne omkostninger.

44 — Dom af 27.9.1988, sag 165/87, Kommissionen mod Rådet, Sml. s. 5545, præmis 18-21, af 9.9.2004, forenede sager C-184/02 og C-223/02, Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7789, præmis 42-44, og af 14.12.2004, sag C-210/03, Swedish Match, Sml. I, s. 11893, præmis 44; jf. desuden mit forslag til afgørelse af 26.5.2005 i sag C-94/03, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 1, punkt 53.

45 — Jf. ovenfor, punkt 61 i dette forslag til afgørelse.



## VII – Forslag til afgørelse

84. På baggrund af ovenstående fremstilling foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Rådet for Den Europæiske Union frifindes.
- 2) Irland og Europa-Kommissionen bærer hver især deres egne omkostninger.
- 3) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland betaler de øvrige omkostninger.«