



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
N. JÄÄSKINEN  
fremsat den 12. september 2013<sup>1</sup>

Sag C-270/12

**Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland  
mod  
Europa-Parlamentet  
og**

**Rådet for Den Europæiske Union**

»Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed («ESMA») — gyldigheden af artikel 28 i forordning (EU) nr. 236/2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps — hjemmel — artikel 114 TEUF og 352 TEUF — institutionel ligevægt og fordeling af beføjelser — betingelser for overdragelse af beføjelser til EU-agenturer — delegation ifølge artikel 290 TEUF og gennemførelse ifølge artikel 291 TEUF — retspraksis ifølge Meroni-dommen — retspraksis ifølge Romano-dommen — samspil med bestemmelser i Lissabontraktaten om domstolskontrol af agenturers retsakter med juridisk bindende virkninger«

### I – Indledning

1. I det søgsmål, som Det Forenede Kongerige har indledt mod Europa-Parlamentet og Rådet, er der nedlagt påstand om annullation af artikel 28 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps<sup>2</sup>. Denne artikel giver Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed («ESMA») visse beføjelser til at intervenere, ved brug af juridisk bindende retsakter, i medlemsstaters finansielle markeder i tilfælde af en »trussel mod de finansielle markeders rette funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i Unionen«. Disse omstændigheder defineres nærmere i artikel 24, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 918/2012<sup>3</sup>. Blandt de foranstaltninger, som ESMA gives beføjelse til at træffe i henhold til artikel 28, stk. 1, i forordning nr. 236/2012, er at pålægge fysiske og juridiske personer krav om meddelelse og offentliggørelse samt at forbyde fysiske og juridiske personer at indgå i visse transaktioner eller indføre betingelser herfor.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EUT L 86, s. 1.

3 — Delegeret forordning af 5.7.2012 om udbygning af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps med hensyn til definitioner, beregning af korte nettopositioner, dækkede credit default swaps på statsobligationer, meddelelsetærskler, likviditetstærskler for suspension af begrænsninger, betydelige fald i værdien for finansielle instrumenter og negative hændelser, EUT L 274, s. 1. Denne delegerede retsakt blev vedtaget med hjemmel i artikel 2, stk. 2, artikel 3, stk. 7, artikel 4, stk. 2, artikel 7, stk. 3, artikel 13, stk. 4, artikel 23, stk. 7, og artikel 30 i forordning nr. 236/2012.

2. ESMA blev oprettet den 1. januar 2011<sup>4</sup> samtidig med Den Europæiske Banktilsynsmyndighed<sup>5</sup> og Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger<sup>6</sup>. De tre organer er kendt under den fælles betegnelse »de europæiske tilsynsmyndigheder« eller, som anført i tiende betragtning til forordning nr. 1095/2010, »ESA'erne«. ESMA er desuden et biprodukt af det reformprogram, som Kommissionen opfordrede til at gennemføre på baggrund af den finansielle krise i 2008, og rapporten fra højniveaugruppen med Jacques de Larosière som formand, som indeholdt anbefalinger om, hvordan tilsynet på EU-niveau med de finansielle markeder kunne styrkes<sup>7</sup>, og som desuden førte frem til et bredt gennemførelsesprogram<sup>8</sup>. I henhold til artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1095/2010 er ESMA et »EU-organ« med status som juridisk person.

3. På baggrund af et opfattet behov for at harmonisere EU's respons på short selling<sup>9</sup> trådte forordning nr. 236/2012 i kraft den 25. marts 2012. Short selling er en praksis, som består i at sælge aktiver, som regel værdipapirer, som ikke ejes af sælgeren på det tidspunkt, hvor salget finder sted, med henblik på at drage fordel af et fald i prisen på aktiverne, før transaktionen er afviklet. Som Parlamentet har påpeget i sine skriftlige indlæg, blev ESMA dannet, fordi Den Europæiske Union ville oprette et organ, som havde den relevante ekspertise til at føre tilsyn med de europæiske værdipapirer og markeder som et supplement til de nationale tilsynsmyndigheder<sup>10</sup>. Som følge heraf tillagde forordning nr. 236/2012 ESMA vidtrækkende beføjelser med hensyn til rådgivning, meddelelse og regulering vedrørende short selling.

4. Det Forenede Kongerige har opbygget sin sag omkring fire annullationsanbringender. For det første har Det Forenede Kongerige hævdet, at de beføjelser, som blev tildelt ESMA i artikel 28 i forordning nr. 236/2012, gik ud over de grænser for institutionernes delegation af beføjelser, som Domstolen satte i Meroni-dommen<sup>11</sup>. For det andet har Det Forenede Kongerige hævdet, at artikel 28 giver ESMA beføjelse til at vedtage almengyldige foranstaltninger af normativ karakter, hvilket er i strid med Domstolens afgørelse i Romano-sagen<sup>12</sup>. For det tredje har Det Forenede Kongerige hævdet, at artikel 28 giver ESMA beføjelse til at vedtage almengyldige ikke-lovgivningsmæssige retsakter, hvilket er i strid med artikel 290 TEUF og 291 TEUF. For det fjerde har Det Forenede Kongerige hævdet, at for så vidt som artikel 28 i forordning nr. 236/2012 bemyndiger ESMA til at træffe enkeltafgørelser, som er bindende for tredjeparter, såfremt de foranstaltninger, der er truffet af relevante kompetente myndigheder i medlemsstaterne, er utilstrækkelige eller utilfredsstillende, er artikel 114 TEUF ikke korrekt retsgrundlag for vedtagelsen af disse foranstaltninger.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1095/2010 af 24.11.2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/77/EF, EUT L 331, s. 84, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/61/EU af 8.6.2011 om forvaltere af alternative investeringsfonde og om ændring af direktiv 2003/41/EF og 2009/65/EF samt forordning (EF) nr. 1060/2009 og (EU) nr. 1095/2010, EUT L 174, s. 1.

5 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1093/2010 af 24.11.2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Banktilsynsmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/78/EF, EUT L 331, s. 12.

6 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1094/2010 af 24.11.2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Tilsynsmyndighed for Forsikrings- og Arbejdsmarkedspensionsordninger), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/79/EF, EUT L 331, s. 48.

7 — Larosière-gruppens endelige rapport af 25.2.2009 anbefalede vidtrækkende foranstaltninger. Jf. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf)

8 — Vedrørende en grundig gennemgang af emnet, jf. f.eks. T. Tridimas, »Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA«, N. Shuibhne og L. Gormly (red.), *From Single Market to Economic Union: essays in memory of John A. Usher* (Oxford University Press, Oxford, 2012), s. 55-83.

9 — Vedrørende en detaljeret analyse jf. f.eks. J. Payne, »The regulation of short selling and its reform in Europe«, *European Business Organization Law Review* 13(3) (2012), s. 413-440; O. Juurikkala, »Credit Default Swaps and the EU Short Selling Regulation: A Critical Analysis«, *European Company and Financial Law Review* 9 (2012), s. 307-341.

10 — Jf. 8.-12. betragtning til forordning nr. 1095/2010 og arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene SEK(2009) 1234 af 23.9.2009, s. 27 og 28.

11 — Dom af 13.6.1958, sag 9/56, Meroni mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 55, org.ref.: Rec. s. 11.

12 — Dom af 14.5.1981, sag 98/80, Sml. s. 1241.

5. Parlamentet og Rådet har, med støtte fra Kommissionen, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik og Den Italienske Republik, opponeret kraftigt mod Det Forenede Kongeriges annullationspåstand. Parlamentet og Rådet har i deres skriftlige indlæg dels imødegået Det Forenede Kongeriges anbringender, dels opfordret Domstolen til ikke at tage hensyn til den retspraksis, som Det Forenede Kongerige har henvist til, isoleret, men set i lyset af den modernisering af lovgivningen om EU-agenturer, som skete med Lissabontraktaten, især med hensyn til domstolsprøvelse af retsakter, der er udstedt af agenturer, og som har retsvirkninger. Desuden har Parlamentet og Rådet, med støtte fra Kommissionen, fremført det argument, at artikel 114 TEUF udgør et passende retsgrundlag for ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012, da den er en harmoniseringsforanstaltning i henhold til EU's lovgivning om det indre marked.

6. Kernen i denne sag er efter min opfattelse, at artikel 28 i forordning nr. 236/2012 ikke indebærer en delegation af beføjelser til et agentur fra en af de udøvende EU-institutioner, dvs. enten Kommissionen eller undtagelsesvis Rådet, men at den snarere drejer sig om en direkte tildeling af beføjelser fra lovgiver til et agentur i henhold til en retsakt ifølge artikel 289, stk. 3, TEUF. På baggrund af ændringer som følge af Lissabontraktaten<sup>13</sup>, og navnlig bekræftelsen i primærretten af, at retsakter udstedt af agenturer kan gøres til genstand for retslig prøvelse ifølge EU-retten<sup>14</sup>, underbygger de principper, der blev fastlagt i Romano-dommen og Meroni-dommen, efter min opfattelse ikke de konklusioner, som Det Forenede Kongerige har draget af disse afgørelser<sup>15</sup>. Det er dog min opfattelse, at Det Forenede Kongerige alligevel bør gives medhold i sin påstand, men på grundlag af det fjerde anbringende. Artikel 114 TEUF er nemlig ikke et passende retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012.

## II – De retlige rammer

### A – Artikler i traktaten, der omhandler agenturer

7. I medfør af artikel 15 TEUF, 16 TEUF og 228 TEUF skal alle Den Europæiske Unions »institutioner, organer, kontorer og agenturer« overholde princippet om god forvaltningskik<sup>16</sup>, og artikel 287 TEUF og 325 TEUF fastsætter, at agenturer er underlagt EU's ordning med finanskontrol og revision.

8. I henhold til artikel 263 TEUF omfatter de EU-organer, som Domstolen har kontrolbeføjelser over, Unionens organer, kontorer og agenturer, og »passivitetsreglen« gælder for disse i medfør af artikel 265 TEUF. I henhold til artikel 267 TEUF kan spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer henvises til Domstolen af medlemsstaternes domstole, samtidig med at de kan prøves under en sag, hvor der nedlægges påstand om, at en retsakt ikke kan finde anvendelse, jf. artikel 277 TEUF<sup>17</sup>.

13 — Jf. J.-F. Couzinet, »La prise en compte de l'existence des »Agences« par les récents traits«, i *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles 2011, s. 191-197.

14 — Dette blev allerede fastslået af Retten i dom af 8.10.2008, sag T-411/06, Sogelma mod EAR, Sml. II, s. 2771, præmis 33-57.

15 — Jf. f.eks. S. Griller og A. Orator, »Everything under control? The »way forward« for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine«, *European Law Review* 35 (2010), s. 3-35; M. Chamon, »EU agencies: does the Meroni Doctrine make sense«, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17 (2010), s. 281-305; M. Chamon, »EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea«, *Common Market Law Review* 48 (2011), s. 1055-1075, s. 1072; H. Hofmann og A. Morini, »The Pluralisation of EU Executive-Constitutional Aspects of Agencification«, *European Law Review* 37 (2012), s. 419-443. Vedrørende en detaljeret analyse af ESMA i lovgivningen om EU-agenturer, jf. P. Schammo, »The European Securities and Markets Authority: Lifting the Veil on the Allocation of Powers«, *Common Market Law Review* 48 (2011), s. 1879-1914; M. Busuioc, M. Groenleer og J. Tondal (red.), *The Agency Phenomenon in the European Union: Emergence, institutionalism and every-day decision making* (Manchester University Press, Manchester 2012); M. Busuioc, *European Agencies: Law and Practices of Accountability* (Oxford University Press, Oxford, 2013). Jf. desuden meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet »Europæiske agenturer – vejen frem«, KOM(2008) 135 endelig.

16 — Jf. også artikel 41 i EU's charter om grundlæggende rettigheder.

17 — Endvidere kan der i henhold til Rettens praksis rejses erstatningssager mod agenturer, såfremt betingelserne i artikel 340 TEUF for, at Den Europæiske Union kan drages til ansvar uden for kontraktforhold, er opfyldt, selv om agenturer ikke udtrykkeligt er nævnt i denne bestemmelse. Jf. dommen i sagen Sogelma mod EAR, nævnt ovenfor i fodnote 14, hvor Retten tog stilling til et erstatningssøgsmål på dette grundlag, som var rejst mod Det Europæiske Genopbygningsagentur.

B – De relevante EU-retsakter

1. Forordning nr. 1095/2010

9. I henhold til artikel 9, stk. 5, i forordning nr. 1095/2010 har ESMA beføjelse til midlertidigt at forbyde eller begrænse visse typer af finansielle aktiviteter, der truer de finansielle markeders ordnede funktion og integritet eller stabiliteten i hele eller dele af det finansielle system i Unionen, på to måder. Det kan ske enten i de tilfælde og i henhold til de betingelser, der er omhandlet i de i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1095/2010 omhandlede retsakter<sup>18</sup>, eller, hvis det er påkrævet i tilfælde af en krisesituation, i henhold til og i overensstemmelse med betingelserne i artikel 18 i forordning nr. 1095/2010.

2. Forordning nr. 236/2012

10. Artikel 2, stk. 1, litra b), i forordning nr. 236/2012 fastsætter følgende:

»short selling« i relation til en aktie eller et gældsinstrument: ethvert salg af en aktie eller et gældsinstrument, som sælgeren ikke ejer på det tidspunkt, hvor salgsaftalen indgås, herunder et salg, hvor sælgeren på tidspunktet for indgåelsen af salgsaftalen har lånt eller aftalt at låne aktien eller gældsinstrumentet til levering ved afviklingen, med undtagelse af:

[...]«

11. Artikel 28 i forordning nr. 236/2012, der har overskriften »ESMA's interventionsbeføjelser under ekstraordinære omstændigheder«, bestemmer:

»1. I overensstemmelse med artikel 9, stk. 5, i forordning (EU) nr. 1095/2010 skal ESMA, med forbehold af stk. 2 i nærværende artikel, enten:

- a) kræve, at en fysisk eller juridisk person, der har en kort nettoposition i et bestemt finansielt instrument eller en bestemt klasse af finansielle instrumenter, underretter en kompetent myndighed eller offentliggør oplysninger om en sådan position, eller
- b) forbyde, eller indføre betingelser for, at en fysisk eller juridisk person indgår i short selling eller en transaktion, der frembringer eller er relateret til et finansielt instrument, bortset fra finansielle instrumenter omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra c), hvor virkningen eller en af virkningerne af transaktionen er at give en sådan person en økonomisk fordel i tilfælde af et fald i kursen eller værdien af et andet finansielt instrument.

En foranstaltning kan gælde under særlige omstændigheder eller være underlagt undtagelser, der er specificeret af ESMA. Undtagelser kan især specificeres som gældende for market making-aktiviteter og primære markedsaktiviteter.

2. ESMA må kun træffe afgørelse efter stk. 1, når:

- a) de foranstaltninger, som er angivet i stk. 1, litra a) og b), omhandler en trussel mod de finansielle markeders funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i Unionen, og der er grænseoverskridende konsekvenser, og

18 — Artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1095/2010, med senere ændringer, bestemmer bl.a., at ESMA skal handle inden for de beføjelser, som agenturet får tildelt med nærværende forordning, og inden for rammerne af flere andre retsakter.

b) ingen kompetent myndighed har truffet foranstaltninger til at håndtere truslen, eller en eller flere af de kompetente myndigheder har truffet foranstaltninger, der ikke i tilstrækkelig grad håndterer truslen.

3. Når ESMA træffer foranstaltninger som nævnt i stk. 1, skal det ske under hensyntagen til, i hvilket omfang foranstaltningen:

- a) i betydelig grad håndterer truslen mod de finansielle markeders rette funktion og integritet eller mod stabiliteten af dele af eller hele det finansielle system i Unionen eller i betydelig grad forbedrer de kompetente myndigheders evne til at overvåge truslen
- b) ikke skaber risiko for reguleringsmæssig arbitrage
- c) ikke har en ødelæggende virkning på de finansielle markeders effektivitet, herunder ved at reducere likviditeten på disse markeder eller skabe usikkerhed for markedsdeltagerne, som ikke står i rimeligt forhold til foranstaltningens fordele.

Når en eller flere kompetente myndigheder har truffet en foranstaltning i henhold til artikel 18, 19, 20 eller 21, kan ESMA træffe enhver af de i nærværende artikels stk. 1 nævnte foranstaltninger uden at afgive den udtalelse, der er fastlagt i artikel 27.

4. Inden ESMA beslutter at indføre eller forlænge en foranstaltning som nævnt i stk. 1, rådfører ESMA sig med ESRB og, når det er hensigtsmæssigt, andre relevante myndigheder.

5. Inden ESMA beslutter at indføre eller forlænge en foranstaltning som nævnt i stk. 1, underretter ESMA de berørte kompetente myndigheder om den foranstaltning, den påtænker at træffe. Meddelelsen skal indeholde oplysninger om de foreslåede foranstaltninger, klassen af finansielle instrumenter og transaktioner, de vil gælde for, dokumentation for årsagerne til foranstaltningerne og det tidspunkt, hvor foranstaltningerne skal træde i kraft.

6. Meddelelsen skal gives senest 24 timer, inden foranstaltningen påtænkes at få virkning eller bliver forlænget. Under ekstraordinære omstændigheder kan ESMA give meddelelse mindre end 24 timer, inden foranstaltningen påtænkes at få virkning, når det ikke er muligt at give et varsel på 24 timer.

7. ESMA offentliggør på sit websted meddelelse om eventuelle beslutninger om at indføre eller forlænge en foranstaltning som nævnt i stk. 1. Meddelelsen skal som minimum angive:

- a) de indførte foranstaltninger, herunder de instrumenter og klasser af transaktioner, som de gælder for, og deres varighed, og
- b) årsagerne til, at ESMA mener, at det er nødvendigt at indføre de pågældende foranstaltninger, herunder dokumentation for disse årsager.

8. Efter at ESMA har besluttet at indføre eller forlænge en foranstaltning som nævnt i stk. 1, underretter ESMA omgående de kompetente myndigheder om de truffene foranstaltninger.

9. En foranstaltning får virkning, når meddelelsen offentliggøres på ESMA's websted eller på et tidspunkt, der er angivet i meddelelsen, som er efter offentliggørelsen, og den finder kun anvendelse på transaktioner, der indgås, efter at foranstaltningen er trådt i kraft.

10. ESMA revurderer de i stk. 1 nævnte foranstaltninger med passende mellemrum og mindst hver tredje måned. Hvis foranstaltningen ikke forlænges ved udløbet af en sådan tremånedersperiode, udløber den automatisk. Stk. 2-9 finder anvendelse ved forlængelse af foranstaltninger.



11. En foranstaltning, der indføres af ESMA i henhold til denne artikel, har forrang for eventuelle forudgående foranstaltninger truffet af en kompetent myndighed i henhold til afdeling 1.«

12. Artikel 30, sammenholdt med artikel 42, i forordning nr. 236/2012, tillægger bl.a. Kommissionen beføjelser til at vedtage delegerede retsakter, der præciserer kriterier og faktorer, der skal tages hensyn til af ESMA ved fastlæggelsen af, i hvilke tilfælde de i artikel 28, stk. 2, litra a), nævnte trusler opstår.

13. Artikel 44 i forordning nr. 236/2012, som indgår i kapitel VIII om »gennemførelsesretsakter«, indeholder bestemmelser om den udvalgsprocedure, der skal anvendes i forbindelse med Kommissionens vedtagelse af gennemførelsesretsakter<sup>19</sup>.

14. Artikel 24, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning nr. 918/2012 fastsætter følgende:

»Med henblik på anvendelse af artikel 28, stk. 2, litra a), forstås ved en trussel mod de finansielle markeders funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i Unionen:

- a) enhver form for trussel om alvorlige finansielle, monetære eller budgetmæssige problemer eller manglende stabilitet i forbindelse med en medlemsstat eller det finansielle system i en medlemsstat, når dette kan udgøre en alvorlig trussel mod de finansielle markeders rette funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i Unionen
- b) muligheden for manglende overholdelse af forpligtelser hos en medlemsstat eller en supranational udsteder
- c) alvorlig beskadigelse af de fysiske strukturer tilhørende vigtige finansielle udstedere, herunder markedsinfrastrukturer samt clearings- og afviklingssystemer, og tilsynsmyndigheder, som kan have alvorlige konsekvenser for grænseoverskridende markeder, navnlig hvis beskadigelsen skyldes naturkatastrofer eller terrorangreb, når dette kan udgøre en alvorlig trussel mod de finansielle markeders rette funktion og integritet eller mod stabiliteten i dele af eller hele det finansielle system i EU
- d) alvorlig forstyrrelse af et betalingssystem eller en afviklingsproces, navnlig i forbindelse med interbankoperationer, der forårsager eller kan forårsage betydelige betalings- eller afviklingsforsinkelser eller manglende betaling eller afvikling i grænseoverskridende betalingssystemer i EU, især hvis de kan sprede det finansielle eller økonomiske pres på dele af eller hele det finansielle system i EU.«

### *C – Retsforhandlingerne ved Domstolen*

15. Ved stævning af 31. maj 2012, som indgik til Domstolen den 4. juni 2012, har Det Forenede Kongerige anlagt sag mod Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af artikel 28 i forordning nr. 236/2012 og om, at Rådet for Den Europæiske Union og Europa-Parlamentet tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Europa-Parlamentet og Rådet for Den Europæiske Union har nedlagt påstand om frifindelse i det hele og om, at Det Forenede Kongerige tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 — Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) nr. 827/2012 af 29.6.2012 om gennemførelsesmæssige tekniske standarder vedrørende fremgangsmåden for offentliggørelse af nettopositioner i aktier, formatet for oplysninger, som skal indgives til Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed vedrørende korte nettopositioner, typer af aftaler, ordninger og foranstaltninger for i tilstrækkelig grad at sikre, at aktier eller statsobligationer er til rådighed for afvikling, og datoen og perioden for bestemmelse af det primære handelssystem for en aktie i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps, EUT L 251, s. 11.

17. Europa-Kommissionen, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik og Den Italienske Republik har intervenseret til støtte for Parlamentet og Rådet.

18. Det Forenede Kongerige, Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen deltog i retsmødet, der fandt sted den 11. juni 2013, sammen med Spanien, Frankrig og Italien.

### III – Retlig vurdering

#### A – Agenturer i Den Europæiske Union

19. Kommissionen har betegnet et »europæisk reguleringsorgan« som »en uafhængig retlig enhed oprettet af lovgiveren for at hjælpe med til at regulere en særlig sektor på EU-plan og gennemføre en særlig fællesskabspolitik«<sup>20</sup>. På nuværende tidspunkt er der over 30 decentraliserede agenturer i Den Europæiske Union<sup>21</sup>, som er i funktion eller under oprettelse, og flere af dem er bemyndiget til at træffe bindende afgørelser. Det er velkendt, at agenturdannelse (»agencification«) i Den Europæiske Union er en proces, som er blevet optrappet væsentligt siden årtusindskiftet. Som en af kommentatorerne bemærker, består udfordringen nu som før i at finde en ligevægt mellem på den ene side agenturernes praktiske fordele og uafhængighed og på den anden side risikoen for, at de bliver »ukontrollable centre for vilkårlig myndighed«<sup>22</sup>.

20. EU-agenturerne er dog forskellige med hensyn til det retsgrundlag, som de har hjemmel i, deres opbygning og de beføjelser, som de er blevet udstyret med. ESMA hører ikke til den håndfuld agenturer, der er oprettet direkte ved en bestemmelse i traktaten<sup>23</sup>. ESMA hører dog heller ikke til den gruppe af agenturer i den anden ende af spektret, som udelukkende har rådgivende funktioner, selv om de rådgivende beføjelser er en vigtig del af ESMA's arbejde<sup>24</sup>.

21. ESMA kan klassificeres som et reguleringsorgan, som bistår med reguleringsopgaver på EU-plan i tilknytning til udvidelsen af det indre marked. De væsentligste forskelle mellem forvaltnings- og reguleringsorganer er, at forvaltningsorganerne gennemfører udgiftsprogrammer og er direkte afhængige af – samt står udelukkende til ansvar over for – Kommissionen, mens reguleringsorganerne primært leverer fælles regler og tjenesteydelser og fungerer under en bestyrelse eller et tilsynsråd bestående af repræsentanter for medlemsstaterne og enkelte repræsentanter for Kommissionen<sup>25</sup>.

20 — »Udkast til interinstitutionel aftale om rammer for europæiske reguleringsorganer« af 25.2.2005, KOM(2005) 59 endelig, s. 5. Akademiske kommentatorer har ligeledes foreslået forskellige definitioner. F.eks. Griller og Orator, op.cit., s. 3 og 4, der har fremført, at agenturer er forholdsvis uafhængige permanente organer med status som juridiske personer, der er oprettet ved afledt EU-ret og har fået overdraget særlige opgaver. Jf. desuden E. Chiti, »Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne«, s. 73 og 74 i *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011, s. 49-74.

21 — [http://europa.eu/about-eu/agencies/index\\_da.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/index_da.htm)

22 — Busuioac, op.cit., s. 4, som citerer M. Everson, »Independent Agencies: Hierarchy Beaters«, 1 *European Law Journal* 1 (1995), s. 180-204, på s. 190. Jf. desuden J. Weiler, »Epilogue: Comitology as Revolution Infranationalism, Constitutionalism and Democracy«, i C. Joerges og E. Vos, (red.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics* (Hart Publishing, Oxford, 1999), s. 347-349.

23 — Dette er f.eks. tilfældet med Det Europæiske Forsvarsagentur (artikel 42, stk. 3, TEU og artikel 45 TEU) og Den Europæiske Politienhed (artikel 88 TEUF).

24 — Et overblik over ESMA's funktioner kan ses i N. Moloney, »The European Securities and Markets Authority and institutional design for the EU financial market – a tale of two competences: Part 1: rule making«, *European Business Organization Law Review* 12(1) (2011), s. 41-86, og Part 2, »rules in action«, *European Business Organization Law Review* 12(2) (2011), s. 177-225.

25 — Hofmann og Morini, op. cit., s. 436.

22. ESMA er ikke et forvaltningsorgan oprettet af Kommissionen i medfør af artikel 6 i forordning nr. 58/2003 af 19. december 2002 om vedtægterne for de forvaltningsorganer, der skal administrere opgaver i forbindelse med EF-programmer<sup>26</sup>. Disse organer fungerer igennem en videre delegation af beføjelser fra Kommissionen<sup>27</sup>.

23. ESMA er derimod et besluttende organ af samme type som Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (herefter »KHIM«)<sup>28</sup>, EF-Sortsmyndigheden (herefter »CPVO«)<sup>29</sup>, Det Europæiske Luftfartssikkerhedsagentur (herefter »EASA«)<sup>30</sup>, Det Europæiske Kemikalieagentur (herefter »ECHA«)<sup>31</sup>, Det Europæiske Lægemiddelagentur<sup>32</sup> og Agenturet for Samarbejde mellem Energireguleringsmyndigheder<sup>33</sup>, i den forstand at det er ESMA selv, som træffer nogle af agenturets afgørelser, herunder afgørelserne i henhold til artikel 28 i forordning nr. 236/2012, uden Kommissionens medvirken<sup>34</sup>.

24. Der er dog en vigtig forskel mellem ESMA og de reguleringsorganer, der virker på andre områder end de finansielle markeder, som har afgørende betydning for afgørelsen af den foreliggende sag. Selv om nogle af de organer, der er oprettet i nyere tid, f.eks. EASA og ECHA, har fået tildelt større reguleringsbeføjelser end de tidligere organer, viser den kringledede måde, dette blev gjort på, og de mange kontrolprocedurer, som disse beføjelser er underlagt, at det ikke var hensigten at give dem en klar, hierarkisk myndighed over deres nationale modparter<sup>35</sup>. Som Kommissionen medgav på retsmødet, kan andre reguleringsorganer ikke træffe juridisk bindende afgørelser, rettet direkte til individuelle juridiske personer, som *træder i stedet* for enten en afgørelse eller manglende handling fra en kompetent national myndigheds side, som muligvis ikke er enig i en afgørelse truffet af ESMA. Dette er imidlertid præcis, hvad artikel 28 i forordning nr. 236/2012 giver ESMA beføjelse til at gøre<sup>36</sup>. I henhold til artikel 28, stk. 11, i forordning nr. 236/2012 har en foranstaltning, der indføres af ESMA, forrang for eventuelle forudgående foranstaltninger truffet af en kompetent national myndighed.

26 — EFT 2003 L 11, s. 1. Disse organer er Forvaltningsorganet for Konkurrenceevne og Innovation, Forvaltningsorganet for Sundhed og Forbrugere, Forvaltningsorganet for Undervisning, Audiovisuelle Medier og Kultur, Forvaltningsorganet for det Transeuropæiske Transportnet, Forvaltningsorganet for Forskning og Forvaltningsorganet for Det Europæiske Forskningsråd. Jf. [http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory\\_agencies\\_bodies/index\\_da.htm](http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/index_da.htm)

27 — Før Lissabontraktatens ikrafttræden blev der sondret mellem »Kommissionsagentur« og »Rådsagentur«, hvor de førstnævnte var oprettet under den gamle første søjle, og de sidstnævnte var oprettet på grundlag af den anden og tredje søjle. Jf. Busuioic, op.cit., s. 21 og 22.

28 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker, EFT 1994 L 11, s. 1.

29 — Forordning (EF) nr. 2100/94 af 27.7.1994 om EF-sortsbeskyttelse, EFT L 227, s. 1.

30 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1592/2002 af 15.7.2002 om fælles regler for civil luftfart og om oprettelse af et europæisk luftfartssikkerhedsagentur, EUT L 240, s. 1. Forordning nr. 1592/2002 blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 216/2008 af 20.2.2008 om fælles regler for civil luftfart og om oprettelse af et europæisk luftfartssikkerhedsagentur, og om ophævelse af Rådets direktiv 91/670/EØF, forordning (EF) nr. 1592/2002 og direktiv 2004/36/EF, EUT L 79, s. 1.

31 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1907/2006 af 18.12.2006 om registrering, vurdering og godkendelse af samt begrænsninger for kemikalier (REACH), og om oprettelse af et europæisk kemikalieagentur og om ændring af direktiv 1999/45/EF og ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 793/93 og Kommissionens forordning (EF) nr. 1488/94 samt Rådets direktiv 76/769/EØF og Kommissionens direktiv 91/155/EØF, 93/67/EØF, 93/105/EF og 2000/21/EF, EUT L 396, s. 1.

32 — Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EF) nr. 726/2004 af 31.3.2004 om fastlæggelse af fællesskabsprocedurer for godkendelse og overvågning af human- og veterinærmedicinske lægemidler og om oprettelse af et europæisk lægemiddelagentur, EUT L 136, s. 1.

33 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 713/2009 af 13.7.2009 om oprettelse af et agentur for samarbejde mellem energireguleringsmyndigheder, EUT L 211, s. 1.

34 — Sondringen mellem agenturer, der deltager i fasen før beslutningstagningen, og besluttende agenturer fremgår af Griller og Orator, op.cit., og M. Chamon (2011), op.cit.

35 — Jf. D. Curtin og R. Dehousse, »European Union agencies: tipping the balance?«, M. Busuioic, M. Groenleer og J. Tondal (red.), op.cit., s. 193, på s. 195.

36 — Moloney, del 1, op.cit., punkt 2.1, bemærker, at tilsynsrådet for ESMA, det centrale beslutningsorgan, der er oprettet ifølge artikel 40-44 i forordning nr. 1095/2010, i bred forstand repræsenterer lederne af de kompetente myndigheder i medlemsstaterne, men det fungerer fortrinsvis på grundlag af flertalsafgørelser, og i visse begrænsede tilfælde ved beslutningstagning med kvalificeret flertal (jf. artikel 44 i forordning nr. 1095/2010). Dette indebærer således, at ingen af de kompetente myndigheder i medlemsstaterne har beføjelse til at nedlægge veto mod foranstaltninger efter artikel 28.



25. Parlamentet har i sine skriftlige indlæg påpeget, at Det Europæiske Kemikalieagentur er det eneste organ, ud over de tre ESA'er, som er oprettet udelukkende med hjemmel i artikel 114 TEUF. Kemikalieagenturet har imidlertid ikke interventionsbeføjelser svarende til dem, som indrømmes ESMA i artikel 28 i forordning nr. 236/2012<sup>37</sup>. Jeg gør opmærksom på, at Det Europæiske Lægemiddelagentur blev oprettet med hjemmel i en kombination af artikel 114 og 168 TEUF<sup>38</sup>, KHIM og CPVO blev begge oprettet med hjemmel i artikel 352 TEUF, mens EASA blev dannet med hjemmel i artikel 100 TEUF<sup>39</sup>.

26. Jeg mener, at det fjerde anbringende i Det Forenede Kongeriges søgsmål vedrørende artikel 114 TEUF's egnethed som retsgrundlag for vedtagelsen af artikel 28 i forordning nr. 236/2012 logisk går forud for spørgsmålet om, hvorvidt ESMA's beføjelser i henhold til denne bestemmelse er i overensstemmelse med EU's forfatningsret og mere specifikt principperne i Romano-dommen og Meroni-dommen. Set ud fra en forfatningsretlig synsvinkel går vurderingen af retsgrundlaget for artikel 28 i forordning nr. 236/2012, der er en lovgivningsmæssig retsakt som omhandlet i artikel 289, stk. 3, TEUF, forud for underordnede retlige spørgsmål vedrørende dens indhold. Jeg vil derfor indlede med at analysere Det Forenede Kongeriges fjerde annullationsanbringende, hvorefter jeg vil behandle de øvrige tre anbringender under ét.

## B – Artikel 114 TEUF og spørgsmål om retsgrundlag

### 1. Artikel 114 TEUF som retsgrundlag for oprettelsen af ESMA

27. Ifølge en nyere kommentar blev de fleste agenturer indtil for ti år siden oprettet med hjemmel i artikel 352 TEUF<sup>40</sup>. I dette lys og på baggrund af ESMA's bemyndigelse til at »vedtage afgørelser, der er bindende for lokale tilsynsmyndigheder og markedsdeltagere«, er det ikke overraskende, at der stilles spørgsmålstejn ved, om artikel 114 TEUF er et passende retsgrundlag for disse beføjelser<sup>41</sup>. Efter min opfattelse er en streng domstolskontrol af anvendelsen af artikel 114 TEUF særlig vigtig på baggrund af EU-lovgivers tendens i de seneste ca. otte år til at oprette agenturer »[med henvisning til] områdespecifik ekspertise« og ikke på grundlag af artikel 352 TEUF<sup>42</sup>. I denne henseende er det imidlertid nødvendigt at sondre mellem retsgrundlaget for oprettelsen af et agentur og retsgrundlaget for at tillægge det bestemte beføjelser.

28. Domstolens praksis vedrørende anvendelsen af artikel 114 TEUF som grundlag for oprettelsen af agenturer og deres medvirken i vedtagelsen af EU-retsakter har udviklet sig betydeligt inden for det sidste tiår. Der følger her et overblik over de forskellige trin i udviklingen.

37 — De af Det Europæiske Kemikalieagents afgørelser, som kan påklages for klageudvalget, er anført i REACH-forordningens artikel 91 og biocidforordningens artikel 77. Jf. i) forordning (EF) nr. 1907/2006 og ii) Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 528/2012 af 22.5.2012 om tilgængeliggørelse på markedet og anvendelse af biocidholdige produkter, EUT L 167, s. 1.

38 — Nævnt ovenfor i fodnote 32.

39 — Nævnt ovenfor i henholdsvis fodnote 28, 29 og 30.

40 — M. Busuioc, op.cit., s. 18.

41 — N. Moloney, »EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: »More Europe« or More Risks?«, *Common Market Law Review* 47 (2010), s. 1317-1383, på s. 1341. Vedrørende et udtryk for tvivl om artikel 114 TEUF's egnethed som retsgrundlag for EBA, jf. E. Fahey, »Does the Emperor Have Financial Crisis Clothes? Reflections on the legal Basis of the European Banking Authority«, *The Modern Law Review* (74) (2011), s. 581-595, på s. 593, og House of Commons Treasury Committee, »The Committee's Opinion on proposals for European financial supervision«, *Sixteenth Report of Session 2008-2009*, punkt 32. Vedrørende argumenter for, at artikel 114 TEUF er korrekt retsgrundlag for oprettelsen af ESMA, jf. F. Hänle: *Die neue Europäische Finanzaufsicht*, Hamburg 2012, s. 40-44, og A. Frank, *Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde*, Baden-Baden 2012, s. 53-55. Sidstnævnte forfatter lader dog spørgsmålet om, hvorvidt dette også gælder for ESMA's beføjelser til at vedtage bindende gennemførelsesforanstaltninger, stå åbent.

42 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-217/04, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (ENISA), Sml. 2006 I, s. 3771, punkt 2.

29. I dom af 6. december 2005, Det Forenede Kongerige mod Parlamentet og Rådet (røgaromaer)<sup>43</sup>, fastslog Domstolen, at artikel 114 TEUF var korrekt hjemmel for Kommissionens vedtagelse af foranstaltninger i tæt samarbejde med Den Europæiske Fødevarerikkerhedsautoritet, da dette var »et egnet middel« til at opnå »den ønskede indbyrdes tilnærmelse« af medlemsstaternes lovgivning<sup>44</sup>. I denne sag godkendte Domstolen en lovgivningsmodel i flere trin som en tilnærmelsesforanstaltning i artikel 114 TEUF's forstand, når den pågældende forordning udgjorde »et mellemstadium for en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovbestemmelser«<sup>45</sup>, idet Kommissionen arbejdede sammen med Fødevarerikkerhedsautoriteten med dette mål for øje.

30. Artikel 114 TEUF's rækkevidde som retsgrundlag for oprettelsen af agenturer blev videreudviklet i ENISA-dommen<sup>46</sup>. Domstolen fastslog, at oprettelsen af et agentur, som afgav en udtalelse til Kommissionen i tekniske anliggender, kunne udgøre en foranstaltning med henblik på indbyrdes tilnærmelse efter artikel 114 TEUF, både på grund af behovet for teknisk rådgivning<sup>47</sup>, og fordi »fællesskabslovgiver [fandt], at oprettelsen af et fællesskabsorgan, såsom agenturet, var et egnet middel til at forhindre, at der opstod forskelle, der kunne skabe hindringer for det indre markeds effektive funktion på området«<sup>48</sup>.

31. Endvidere bemærkede Domstolen i ENISA-dommen, at artikel 114 TEUF kun kan anvendes som hjemmel, når det objektivt og reelt fremgår af retsakten, at den har til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion<sup>49</sup>. Ved udtrykket »foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse« i denne artikel havde traktatens fædre villet tillægge lovgiveren et skøn – på grundlag af den generelle sammenhæng og særlige omstændigheder vedrørende det område, der skal harmoniseres – vedrørende den mest hensigtsmæssige metode for indbyrdes tilnærmelse med henblik på at opnå det ønskede resultat, især inden for teknisk komplicerede områder<sup>50</sup>.

32. På grundlag heraf drog Domstolen en vigtig konklusion vedrørende agenturers generelle beføjelser til at vedtage foranstaltninger, der er juridisk bindende for tredjeparter. Da intet i ordlyden af artikel 114 TEUF gør det muligt at konkludere, at de foranstaltninger, der vedtages på grundlag af artikel 114 TEUF, skal begrænses til alene at have medlemsstaterne som adressater, kan det vise sig nødvendigt i henhold til lovgivers vurdering at fastsætte bestemmelser om oprettelse af et EU-organ, der har til opgave at bidrage til gennemførelsen af en harmoniseringsproces<sup>51</sup>. Artikel 114 TEUF var følgelig et passende retsgrundlag for vedtagelsen af forordning nr. 460/2004, som dannede hjemmel for oprettelsen af ENISA.

33. Det var tilsyneladende hensyn svarende til dem, Domstolen behandlede i ENISA-dommen, som lå EU-lovgiver for øje, da denne vedtog specifikke foranstaltninger vedrørende short selling, og nærmere bestemt besluttede at tildele ESMA diverse opgaver og ansvarsområder på dette område. Dette er bl.a. illustreret i første betragtning til forordning nr. 236/2012, hvor det bemærkes, at de foranstaltninger, som medlemsstaterne vedtog med hensyn til short selling på baggrund af den finansielle krise i september 2008, var »divergerende [...], fordi Unionen ikke har en specifik fælles lovgivningsmæssig ramme for behandling af spørgsmål vedrørende short selling«. Den samme holdning afspejles i anden

43 — Sag C-66/04, Sml. I, s. 10553.

44 — Præmis 63.

45 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, punkt 25.

46 — Nævnt ovenfor i fodnote 42.

47 — Præmis 64.

48 — Præmis 62.

49 — Præmis 42, der citerer røgaromaer-dommen.

50 — Præmis 43, der citerer røgaromaer-dommen.

51 — Præmis 44. Jf. desuden dom af 9.8.1994, sag C-359/92, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3681, præmis 37.

betragtning til forordning nr. 236/2012<sup>52</sup>, hvorefter det er nødvendigt at harmonisere reglerne for short selling og visse aspekter af credit default swaps for at forebygge, at der opstår hindringer for et velfungerende indre marked, da det ellers er sandsynligt, at medlemsstaterne fortsat vil træffe divergerende foranstaltninger.

34. Som følge heraf mener jeg ikke, at der kan være nogen principiel indvending mod artikel 114 TEUF som retsgrundlag for oprettelsen af ESMA og reguleringen af agenturets opgaver og beføjelser. Generelt set, og på baggrund af ESMA's bredere funktioner<sup>53</sup>, opfylder agenturets rolle i forbindelse med tilnærmelsen af medlemsstaternes lovregler om short selling de kriterier, som Domstolen opstillede i ENISA-dommen. De særlige beføjelser, som ESMA er tillagt efter artikel 28 i forordning nr. 236/2012, kræver imidlertid en nærmere vurdering.

## 2. Artikel 114 TEUF som retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012

35. De klagepunkter, som Det Forenede Kongerige har rejst i sit fjerde annullationsanbringende, er ikke så vidtgående som et altomfattende angreb på retsgrundlaget for ESMA's oprettelse. Anbringendet vedrører i stedet de beføjelser, som ESMA er blevet tildelt ved artikel 28 i forordning nr. 236/2012<sup>54</sup>. Formuleringen af Det Forenede Kongeriges anfægtelse vedrørende artikel 114 TEUF er baseret på, at denne traktatbestemmelse ikke kan bemyndige til enkeltforanstaltninger, der er rettet til bestemte fysiske eller juridiske personer, hvorved der, for så vidt som artikel 28 i forordning nr. 236/2012 giver mulighed for sådanne foranstaltninger, er tale om en overskridelse af artikel 114 TEUF<sup>55</sup>.

36. Som nævnt ovenfor, kan der ikke fremføres nogen *principiel* indvending mod anvendelsen af artikel 114 TEUF som retsgrundlag, der giver agenturer beføjelse til at vedtage juridisk bindende afgørelser vedrørende tredjeparter. Prøvestenen i vurderingen af, hvorvidt tildelingen af sådanne beføjelser til et agentur hører under anvendelsesområdet for artikel 114 TEUF, er imidlertid, hvorvidt det pågældende agents afgørelser bidrager til eller udgør harmonisering af det indre marked i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i EU-retten.

37. Anvendelsen af artikel 114 TEUF som eneste retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012 understøttes imidlertid ikke af Domstolens praksis, da tildelingen ifølge denne artikel af beslutningskompetence til ESMA, som træder i stedet for de kompetente nationale myndigheders vurderinger, ikke kan anses for at være en foranstaltning »med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion«, som omhandlet i artikel 114 TEUF<sup>56</sup>.

52 — Domstolen har fastslået, at »når der foreligger hindringer for samhandelen, eller det er sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå fremover, fordi medlemsstaterne har truffet eller er ved at træffe forskellige foranstaltninger med hensyn til en vare eller en varekategori, således at der sikres forskellige beskyttelsesniveauer, og således at de pågældende varer af denne grund forhindres i at bevæge sig frit i Fællesskabet, indeholder artikel 95 EF en bemyndigelse for fællesskabslovgiver til at gribe ind og vedtage de nødvendige foranstaltninger under overholdelse af dels artikel 95, stk. 3, EF, dels af de retlige principper, der er nævnt i traktaten eller opstillet i retspraksis, bl.a. proportionalitetsprincippet«; jf. dom af 12.7.2005, forenede sager C-154/04 og C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes røgaromaer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 41.

53 — Jf. Moloney, op.cit.

54 — Det Forenede Kongerige har bl.a. henvist til generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-359/92, Tyskland mod Rådet, hvori generaladvokaten i punkt 36 bemærkede, at den tidligere artikel 100 A, nu artikel 114 TEUF, »kun kan benyttes til at træffe foranstaltninger med henblik på at indføre ensartede regler. Det er herefter op til de nationale myndigheder at anvende disse regler på enkelttilfælde«.

55 — Selv om terminologien i denne påstand er ny, og der ikke udtrykkeligt henvises til »inkompetence« i den del af Det Forenede Kongeriges stævning, der vedrører artikel 114 TEUF, er anbringendet tilstrækkeligt klart formuleret til, at alle parter og intervenienter kan komme med indlæg. Endvidere er »inkompetence« en af de grunde, som Domstolen fremfører af egen drift, da det vedrører ufravigelige retsprincipper. Jf. f.eks. dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 56, og generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i sag C-355/10, Europa-Parlamentet mod Rådet, EU:C:2012:516, punkt 54.

56 — For fuldstændighedens skyld gør jeg opmærksom på, at artikel 115 TEUF har det samme generelle materielle anvendelsesområde som artikel 114 TEUF, men underlægger harmoniseringsforanstaltningerne på områder, som der henvises til heri, en særlig lovgivningsprocedure og kræver enstemmighed i Rådet.

38. Af nedenstående grunde er de beføjelser, som ESMA tildeles efter artikel 28 i forordning nr. 236/2012, mere vidtgående end harmonisering af det indre marked.

a) Analyse af indholdet af de beføjelser, som er tillagt ESMA ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012

39. Virkningen af artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er, at en interventionsbeføjelse, som træder i kraft under omstændigheder, der svarer til de omstændigheder, der udløser medlemsstaternes kompetente myndigheders interventionsbeføjelser ifølge artikel 18, 20 og 22 i forordning nr. 236/2012, hæves til EU-niveau, nærmere bestemt til ESMA. Endvidere kan beføjelser ifølge artikel 28 kun udløses, hvis de ovennævnte nationale myndigheder har undladt at handle for i tilstrækkelig grad at håndtere »truslen mod de finansielle markeders rette funktion og integritet eller mod stabiliteten af dele af eller hele det finansielle system i Unionen« [jf. artikel 28, stk. 2, litra a) og b), i forordning nr. 236/2012].

40. Som Det Forenede Kongerige har påpeget under retsmødet, vil ESMA pr. definition foretage en bedømmelse af et anliggende, som den relevante kompetente myndighed har foretaget en anden bedømmelse af. Endvidere er den eneste instans, som ESMA er forpligtet til at rådføre sig med, før disse foranstaltninger pålægges, i henhold til artikel 28, stk. 4, i og 33. betragtning til forordning nr. 236/2012 Det Europæiske Udvalg for Systemiske Risici, ESRB<sup>57</sup>, og hverken Rådet eller Kommissionen er knyttet til beslutningsprocessen som institutioner. Som nævnt ovenfor, har en foranstaltning, der indføres af ESMA, i henhold til artikel 28, stk. 11, i forordning nr. 236/2012 forrang for eventuelle forudgående foranstaltninger truffet af en kompetent national myndighed.

41. Til trods herfor kan det ikke med rimelighed hævdes, at ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er helt uden begrænsninger. Som nævnt ovenfor, er det begreb, der indgår i artikel 28, stk. 2, litra a), i forordning nr. 236/2012, blevet uddybet og præciseret i artikel 24, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning nr. 918/2012<sup>58</sup>.

42. Udøvelsen af de beføjelser, som ESMA er tillagt ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012, er underlagt følgende betingelser og begrænsninger: ESMA er forpligtet til at tage hensyn til, i hvilket omfang foranstaltningen »i betydelig grad håndterer truslen mod de finansielle markeders rette funktion og integritet eller mod stabiliteten af dele af eller hele det finansielle system i Unionen eller i betydelig grad forbedrer de kompetente myndigheders evne til at overvåge truslen« [jf. artikel 28, stk. 3, litra a)], »ikke skaber risiko for regulermæssig arbitrage« [artikel 28, stk. 3, litra b)], »ikke har en ødelæggende virkning på de finansielle markeders effektivitet, herunder ved at reducere likviditeten på disse markeder eller skabe usikkerhed for markedsdeltagerne, som ikke står i rimeligt forhold til foranstaltningens fordele« [artikel 28, stk. 3, litra c)].

43. Desuden fastsættes følgende proceduremæssige garantier i artikel 28 i forordning nr. 236/2012: Som nævnt skal ESMA rådføre sig med ESRB. Når det er hensigtsmæssigt, skal ESMA også rådføre sig med andre relevante myndigheder, men er dog ikke forpligtet til at gøre det (artikel 28, stk. 4). ESMA skal underrette de kompetente myndigheder om de foranstaltninger, den påtænker at træffe eller forlænge, senest 24 timer, inden foranstaltningen påtænkes at få virkning eller bliver forlænget, medmindre der er tale om »ekstraordinære omstændigheder« (artikel 28, stk. 5 og 6), og når foranstaltningerne er truffet, skal de kompetente myndigheder underrettes herom (artikel 28, stk. 8). Endelig har ESMA pligt til at offentliggøre eventuelle beslutninger om at indføre eller forlænge foranstaltninger, herunder årsagerne til disse, på sit websted (artikel 28, stk. 7) og skal endvidere

57 — Som blev oprettet i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1092/2010 af 24.11.2010 om makrotilsyn på EU-plan med det finansielle system og om oprettelse af et europæisk udvalg for systemiske risici, EUT L 331, s. 1.

58 — Jf. punkt 14 ovenfor.



revurdere alle foranstaltninger hver tredje måned. Hvis dette ikke sker, udløber de (artikel 28, stk. 10). Jeg vil vende tilbage til forbeholdene med hensyn til udøvelsen af ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 i forbindelse med min vurdering af, om retspraksis i Meroni-dommen er relevant for løsningen af denne tvist.

44. Det er imidlertid vigtigt at tage omfanget af de beføjelser, som ESMA er tillagt i forhold til tredjeparter, i betragtning. Som nævnt ovenfor, kan ESMA's intervention ifølge artikel 28, stk. 1, litra a), i forordning nr. 236/2012 indebære, at fysiske eller juridiske personer pålægges at offentliggøre oplysninger om deres korte nettopositioner i et bestemt finansielt instrument eller en bestemt kategori heraf. Endvidere kan ESMA indføre forbud eller betingelser vedrørende short selling og lignende transaktioner som fastsat i artikel 28, stk. 1, litra b), i forordning nr. 236/2012.

45. Det er min opfattelse – og her er jeg uenig i de argumenter, som Kommissionen har fremført i sine skriftlige indlæg – at dette er langt mere vidtgående end en beføjelse til at »foreskrive foranstaltninger vedrørende et bestemt produkt eller en kategori af bestemte produkter og om nødvendigt individuelle foranstaltninger vedrørende sådanne produkter«<sup>59</sup>. I denne sammenhæng udarbejder ESMA nemlig ikke specifikke, mere detaljerede regler gældende for et bestemt finansielt produkt eller en finansiell tjenesteydelse, sådan som det f.eks. er tilfældet, når Kommissionen udøver sine beføjelser til at forene medlemsstaternes fremgangsmåder vedrørende et farligt produkt i henhold til artikel 13 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/95/EF af 3. december 2001 om produktsikkerhed i almindelighed, som er vedtaget i henhold til artikel 114 TEUF<sup>60</sup>. ESMA intervenserer snarere på konkurrencevilkårene på et bestemt finansielt marked, som henhører under en national kompetent myndighed, når agenturet er stillet over for visse ekstraordinære omstændigheder. Den nærmeste sammenligning i EU-retten til ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er efter min mening Kommissionens interventionsbeføjelser inden for landbrug og antidumping, dvs. områder, hvor Kommissionen gennemfører en fælles EU-politik.

46. En foranstaltning, der vedtages på grundlag af artikel 114 TEUF, må derfor oprigtigt have til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion. Hvis den blotte konstatering af forskelle mellem de nationale lovgivninger samt den abstrakte risiko for hindringer for de grundlæggende friheder eller tænkelige konkurrencefordrejninger, der kan udledes deraf, var tilstrækkelig til at begrunde valget af artikel 114 TEUF som hjemmel, ville den retlige efterprøvelse af overholdelsen af hjemmelskravet være berøvet enhver virkning. Domstolen ville således være forhindret i at udøve den funktion, som den er tillagt ved artikel 19 TEU, og som består i at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaten<sup>61</sup>. Domstolen skal ved efterprøvelsen af, hvorvidt artikel 114 TEUF er den korrekte hjemmel for en bestemt EU-retsakt, undersøge, om den retsakt, hvis gyldighed anfægtes, reelt forfølger de oprigtige mål, som består i at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion, som fastsat af EU-lovgiveren<sup>62</sup>.

47. Muligheden af, at der vil opstå fremtidige hindringer for samhandelen, der skyldes forskelle i medlemsstaterne, er heller ikke tilstrækkeligt. Det skal være sandsynligt, at sådanne hindringer vil opstå, og den pågældende foranstaltning skal have til formål at forebygge dem<sup>63</sup>.

59 — Kommissionen har henvist til dom af 9.8.1994, sag C-359/92, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3681, præmis 37, hvor dette princip er nævnt.

60 — EUT 2002 L 11, s. 4. Det er interessant at bemærke, at Kommissionens beslutninger ifølge denne bestemmelse skal gennemføres af de kompetente nationale myndigheder inden for 20 dage, medmindre der er fastsat en anden frist i de pågældende beslutninger.

61 — Dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8419, præmis 84.

62 — Præmis 85 og den deri nævnte retspraksis.

63 — Præmis 86. Jf. tilsvarende dom af 8.6.2010, sag C-58/08, Vodafone m.fl., Sml. I, s. 4999, præmis 33.



b) Artikel 28 i forordning nr. 236/2012 set i sammenhæng med Domstolens praksis vedrørende artikel 114 TEUF som retsgrundlag

48. I ENISA-dommen fastslog Domstolen, at det kan vise sig nødvendigt i henhold til EU-lovgivers vurdering at fastsætte bestemmelser om oprettelse af et fællesskabsorgan, der har til opgave at bidrage til gennemførelsen af en harmoniseringsproces »i situationer, hvor vedtagelsen af ikke-bindende ledsage- og rammeforanstaltninger forekommer egnede til at lette gennemførelsen og den ensartede anvendelse af retsakter vedtaget med hjemmel i denne bestemmelse«<sup>64</sup>.

49. Desuden fremhævede Domstolen, at de opgaver, der gives et sådant organ, skal være nært forbundet med de områder, som er genstand for retsakterne om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, hvilket bl.a. er tilfældet, når det pågældende organ leverer ydelser til nationale myndigheder eller erhvervslivet, som har betydning for den ensartede gennemførelse af harmoniseringsbestemmelserne, og som kan lette deres gennemførelse<sup>65</sup>.

50. ESMA's beslutningsbeføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 har dog ikke megen lighed med de foranstaltninger, som Domstolen beskrev i disse vigtige passager i ENISA-dommen. For det første er afgørelser, der træffes i henhold til artikel 28 i forordning nr. 236/2012, juridisk bindende, hvilket de foranstaltninger, som Domstolen tog stilling til i ENISA-dommen, ikke var. Selv om der i sig selv ikke er noget at indvende mod dette, er det svært at se, hvordan udøvelsen af en beføjelse ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 kan bidrage til den form for harmonisering, som Domstolen beskrev i ENISA-dommen. Dens funktion er nærmere at løfte de gennemførelsesbeføjelser, som indgår i artikel 18, 20 og 22 i forordning nr. 236/2012, fra nationalt plan til EU-plan, når der er uenighed mellem ESMA og den kompetente nationale myndighed eller mellem nationale myndigheder.

51. Artikel 28 i forordning nr. 236/2012 indfører en beslutningsmekanisme i krisesituationer på EU-plan, som træder i kraft, når de relevante kompetente nationale myndigheder ikke er enige om, hvordan situationen skal gribes an. Som følge af ESMA's afstemningsregler kan der træffes foranstaltninger på grundlag af et kvalificeret flertal i tilsynsrådet for ESMA<sup>66</sup>.

52. Resultatet af aktiveringen af ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er således ikke harmonisering, og heller ikke indførelse af ensartet praksis på medlemsstatsniveau, men at den nationale beslutningstagning ifølge artikel 18, 20 og 22 i forordning nr. 236/2012 erstattes af beslutningstagning på EU-plan.

53. Selv om Parlamentet har ret, for så vidt som det i sine skriftlige indlæg har hævdet, at agenturer i henhold til Domstolens praksis kan oprettes og tildeles en rolle i henhold til artikel 114 TEUF, såfremt de indgår i en retlig systematik, som medfører tilnærmelse af bestemmelser, der vedrører det indre marked<sup>67</sup>, går artikel 28 i forordning nr. 236/2012 ud over disse grænser.

64 — Nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 44.

65 — Præmis 45.

66 — ESMA's afgørelser træffes af tilsynsrådet. De eneste medlemmer med stemmeret er lederne af de nationale offentlige myndigheder, der er ansvarlige for tilsynet med deltagere på det finansielle marked (artikel 40 i forordning nr. 1095/2010). Som nævnt ovenfor i fodnote 36, træffes tilsynsrådets afgørelser enten ved simpelt flertal eller undtagelsesvis ved kvalificeret flertal af dets medlemmer med stemmeret (artikel 44, stk. 1, i forordning nr. 1095/2010).

67 — Parlamentet har til støtte for dette argument henvist til ENISA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 42-45, 59 og 60.

### 3. Artikel 352 TEUF som et passende retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012

54. For fuldstændighedens skyld vil jeg tilføje, at artikel 352 TEUF efter min opfattelse ville have været et passende retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012. Der er nemlig et klart behov for foranstaltninger på EU-plan, da det kan have betydelige grænseoverskridende virkninger i et integreret marked for finansielle instrumenter, hvis en kompetent national myndighed undlader at handle eller handler i utilstrækkeligt omfang med hensyn til short selling. Det kan bl.a. medføre forvridninger i banksystemerne i andre medlemsstater end den, på hvis marked den pågældende short selling finder sted. I situationer, der indebærer en trussel mod finansielle markeders rette funktion og integritet eller stabiliteten i hele eller dele af det finansielle system i Den Europæiske Union, vil en centraliseret beslutningsprocedure, som giver mulighed for ensartet anvendelse af EU-bestemmelserne om short selling, derfor være både nødvendig og forholdsmæssig. Af de grunde, jeg har gjort rede for ovenfor, kan en centraliseret beslutningsproces i krisesituationer, der træder i stedet for den kompetente myndighed i en medlemsstats afgørelse, uden dennes samtykke, eller som udgør en erstatning for en manglende afgørelse fra denne myndigheds side, dog ikke anses for at høre under begrebet »indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser« som omhandlet i artikel 114 TEUF.

55. Når det er sagt, mener jeg imidlertid også, at artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er »påkrævet« i artikel 352 TEUF's forstand »for at nå et af målene« i traktaterne. Her tænker jeg på Massey-Ferguson-dommen<sup>68</sup>, hvori Domstolen fastslog, at det, for at en toldunion kan fungere, var absolut »påkrævet« med en ensartet bestemmelse af toldværdien for varer, der blev importeret fra tredjelande, således at beskyttelsesniveauet som følge af den fælles toldtarif var ens i hele Fællesskabet<sup>69</sup>. Af grunde, som jeg har gjort rede for ovenfor, er ESMA's interventionsbeføjelser ifølge artikel 28, stk. 1, i forordning nr. 236/2012 på samme måde »påkrævet« for at nå målene i forbindelse med det indre marked som følge af de grænseoverskridende virkninger, det vil få, hvis medlemsstaternes foranstaltninger vedrørende short selling er utilstrækkelige.

56. Samtidig vil jeg bemærke, at det forhold, at det indre markeds funktion »berøres« af short selling, ikke er tilstrækkelig begrundelse for at anvende artikel 114 TEUF som retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012<sup>70</sup>. Artikel 114 TEUF er med andre ord ikke et egnet, alternativt retsgrundlag, som ville være til hinder for anvendelsen af artikel 352 TEUF<sup>71</sup>. De interventioner, som ESMA har beføjelse til at foretage ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012, er mere vidtgående end den harmonisering, som er omhandlet i artikel 114 TEUF. De er dog nødvendige for EU's indre markeds funktion, fordi det kan medføre forstyrrelser, hvis en enkelt medlemsstat undlader at afværge følgerne af short selling under ekstraordinære omstændigheder<sup>72</sup>. Anvendelsen af artikel 352 TEUF ville heller ikke kunne »anvendes som hjemmel for en udvidelse af [Unionens] kompetenceområde ud over den generelle ramme, der følger af [EU-traktatens] bestemmelser«, »navnlig de bestemmelser, hvor [Unionens] opgaver og virke fastlægges«<sup>73</sup>.

68 — Dom af 12.7.1973, sag C-8/73, Sml. I, s. 897.

69 — Præmis 3.

70 — Dom af 26.3.1996, sag C-271/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1689, præmis 32.

71 — Dom af 26.3.1987, sag 45/86, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 1493, præmis 13, og af 13.7.1995, sag C-350/92, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 1985, præmis 26.

72 — Jeg er enig med A. Dashwood, som i sin artikel »Article 308 EC as the Outer Limit of Expressly Conferred Community Competence«, i C. Barnard, og O. Odudu, (red.), *The Outer Limits of European Union Law* (Hart Publishing, Oxford, 2009), s. 35-44, på s. 40, anfører følgende: »Artikel 308 [nu 352] kan stadig udføre en nyttig og forfatningsmæssigt passende funktion ved at give mulighed for at supplere institutionernes beføjelser på grundlag af konkrete retsgrundlag, hvor dette viser sig at være påkrævet for at opnå det fællesskabsmål, der ligger til grund for tildelingen af den pågældende beføjelse.«

73 — Dom af 3.9.2008, sag C-402/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 203.

57. Desuden har Domstolen udtrykkeligt godkendt anvendelsen af artikel 352 TEUF vedrørende foranstaltninger, »som specifikt vedrører enkeltpersoner«<sup>74</sup>, når de pågældende foranstaltninger henhører under Unionens mål i artikel 352 TEUF's forstand<sup>75</sup>. Som følge af den effekt, som det kan have på det indre markeds funktion, hvis en medlemsstats kompetente myndigheder undlader at træffe passende foranstaltninger med hensyn til short selling, er det min opfattelse, at formålene med artikel 28 i forordning nr. 236/2012 svarer til et af Den Europæiske Unions mål i artikel 352 TEUF's forstand<sup>76</sup>.

58. Eftersom artikel 352 TEUF kræver enstemmighed blandt medlemsstaterne, er spørgsmålet om, hvorvidt der var tilstrækkeligt retsgrundlag for vedtagelsen af forordning nr. 236/2012 med hensyn til omfanget af konsensus bag vedtagelsen af artikel 28 i forordning nr. 236/2012, ikke irrelevant. Det blev under retsmødet nævnt, at Det Forenede Kongerige anfægtede artikel 28 i forordning nr. 236/2012 i forbindelse med lovgivningsprocessen ifølge artikel 114 TEUF, som kun kræver beslutningstagning med kvalificeret flertal i Rådet<sup>77</sup>. Som nævnt ovenfor gælder der ingen vetoret, når ESMA's tilsynsråd udøver sine beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012. Efter Lissabontraktatens ikrafttræden har artikel 352, stk. 2, TEUF indeholdt et krav om, at Kommissionen skal gøre de nationale parlamenter opmærksom på forslag, der fremsættes på grundlag af denne artikel<sup>78</sup>. Anvendelsen af artikel 352 TEUF som retsgrundlag for artikel 28 i forordning nr. 236/2012 ville således have åbnet en vigtig mulighed for et øget demokratisk input<sup>79</sup>.

59. Af disse grunde konkluderer jeg, at Domstolen bør annullere artikel 28 i forordning nr. 236/2012 på grund af inkompetence, da artikel 114 TEUF ikke var et passende retsgrundlag for vedtagelsen af denne artikel<sup>80</sup>.

74 — Dommen i sagen Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, præmis 235.

75 — Dommen i sagen Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, præmis 220.

76 — Dommen i sagen Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, præmis 227.

77 — Referat af den 3148. samling i Rådet for Den Europæiske Union, der blev afholdt i Bruxelles den 21.2.2012, dagsordenens punkt 1. Det siger sig selv, at de overordnede principper om forfatningsmæssighed og retsstat er til hinder for, at der kan tages politiske hensyn ved bestemmelsen af det korrekte retsgrundlag for en EU-retsakt, som udelukkende skal være baseret på objektive kriterier. I Domstolens praksis anerkendes det dog, at spørgsmålet om, hvorvidt den lovgivningsprocedure, som skal følges, er påvirket af et valg af retsgrundlag, vil være afgørende for, hvorvidt Domstolen skal tage stilling til dette spørgsmål (dom 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; jf. ligeledes dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 85-103). I præmis 103 fastslog Retten, at »sagsøgernes anbringende om, at der er anvendt et fejlagtigt hjemmelsgrundlag, [må] forkastes, [...] eftersom den påberåbte fejl ikke har frataget sagsøgerne de proceduremæssige garantier, som er fastlagt i de relevante procedurebestemmelser, og ikke har haft nogen negative følger for deres retsstilling.« Denne sag blev appelleret til Domstolen, som i kendelse af 28.10.2004, sag C-236/03 P, Kommissionen mod CMA CGM m.fl., forkastede appellen.

78 — Derimod havde Parlamentet, som det er bemærket i en af kommentarerne, »muligheden for at spille en betydelig rolle i udformningen af agenturernes aftaler, da de i begyndelsen blev oprettet på grundlag af proceduren med fælles beslutningstagning« (Busuioac, op.cit., s. 117).

79 — Domstolen kom med en tilsvarende bemærkning vedrørende Europa-Parlamentet i dommen i sagen Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, præmis 235.

80 — Jeg anerkender, at det ifølge Domstolens faste praksis, eksemplificeret ved dom af 29.4.2004, sag C-338/01, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 4829, præmis 56 og 57, gælder, at »[h]vis det godtgøres, at der med retsakten samtidig forfølges flere formål, der på uadskillelig vis er indbyrdes forbundne, uden at et af disse formål er sekundært og indirekte i forhold til det andet, bør en sådan retsakt dog undtagelsesvis vedtages med de dertil svarende forskellige hjemler (jf. bl.a. dom af 19.9.2002, sag C-336/00 Huber, Sml. I, s. 7699, præmis 31, og af 12.12.2002, sag C-281/01, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 12049, præmis 35, samt dommen af 11.9.2003 i sagen Kommissionen mod Rådet, præmis 40, og udtalelse 2/00 af 6.12.2001, Sml. I, s. 9713, præmis 23). Anvendelsen af en dobbelt hjemmel er imidlertid udelukket, når de procedurer, der er fastlagt i de respektive hjemmelsbestemmelser, er uforenelige« (der nævnes dom af 11.6.1991, sag C-300/89, Kommissionen mod Rådet, »Titandioxid«, Sml. I, s. 2867, præmis 17-21, og af 25.2.1999, forenede sager C-164/97 og C-165/97, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1139, præmis 14). Det giver sig selv, at disse principper gælder for alle alternative retsgrundlag, som artikel 28 i forordning nr. 236/2012 kunne være baseret på.

C – *Det Forenede Kongeriges anbringender på grundlag af retspraksis i Meroni-dommen og Romano-dommen på baggrund af artikel 290 TEUF og 291 TEUF*

1. Indledende bemærkninger

60. I betragtning af min konklusion vedrørende det fjerde anbringende, som Det Forenede Kongerige har fremført for Domstolen, vil jeg udelukkende fremføre mine betragtninger med hensyn til det første, det andet og det tredje anbringende, for det tilfælde at Domstolen anser artikel 114 TEUF for at være et passende retsgrundlag for vedtagelsen af artikel 28 i forordning nr. 236/2012. Det er min opfattelse, at de ændringer, der blev indført ved Lissabontraktaten, både med hensyn til præciseringen af sondringen mellem (normative) delegerede foranstaltninger og (udøvende) gennemførelsesbeføjelser<sup>81</sup> og ændringer, som indskriver den retslige prøvelse af EU-agenturers retsakter i Den Europæiske Unions retslige struktur, medfører, at retspraksis i Romano-dommen og Meroni-dommen skal tilpasses EU-forfatningsrettens nuværende struktur.

a) Meroni-dommen

61. I Meroni-dommen fra 1958 var den udligningsordning for skrot, der importeres fra tredjelande, som blev oprettet ved EKSF-traktaten, blevet anfægtet, nærmere bestemt et beløb, der blev opkrævet af Den Høje Myndighed ifølge to afgørelser truffet af Joint Bureau of Ferrous Scrap Consumers og Imported Ferrous Scrap Equalization Fund (herefter »organerne i Bruxelles«), som begge af EKSF's Høje Myndighed var blevet betroet at gennemføre ordningen. Begge organer i Bruxelles var privatretlige organer, som var oprettet efter belgisk lov.

62. Domstolen fastslog i Meroni-dommen, at Den Høje Myndighed havde ret til at delegere sine beføjelser til et eller flere eksterne organer. Delegationen var dog underlagt begrænsninger ifølge EKSF-traktaten. Domstolen fastslog, at Den Høje Myndighed ikke kunne tildele den myndighed, som den delegerede beføjelser til, andre beføjelser end dem, som Den Høje Myndighed havde i henhold til EKSF-traktaten<sup>82</sup>. Eksempelvis var organerne i Bruxelles' afgørelser ikke underlagt Domstolens kontrol på de vilkår, der var fastsat i artikel 33 EKSF, mens retsakter vedtaget af Den Høje Myndigheder var underlagt denne begrænsning<sup>83</sup>. Domstolen gjorde endvidere opmærksom på, at delegation af beføjelser kun var lovlig, hvis dette var nødvendigt for, at Den Høje Myndighed kunne udføre sine opgaver. En delegation af beføjelser kunne kun ske vedrørende klart definerede udøvende beføjelser, og anvendelsen af disse skulle under alle omstændigheder overvåges af Den Høje Myndighed<sup>84</sup>.

63. Dette dannede baggrund for Domstolens velkendte konklusion, nemlig at »delegationen af beføjelser til organerne i Bruxelles ved afgørelse nr. 14/55 giver disse organer nogle vide skønsbeføjelser, der ikke kan anses for at være forenelige med kravene i traktaten«<sup>85</sup>.

64. Set ud fra de omstændigheder, der dannede baggrund for Meroni-dommen, mener jeg derfor ikke, at der er tvivl om, at Domstolen lagde to hensyn til grund for sin dom. For det første var den bekymret over, at retsakter udstedt af organerne i Bruxelles ikke var underlagt domstolskontrol, og for det andet ville Domstolen forhindre, at Den Høje Myndighed delegerede beføjelser, som var mere vidtgående end dem, den selv havde, og var defineret så bredt, at de var vilkårlige. Jeg mener derfor, at Domstolen stadfæstede de forfatningsmæssige krav om effektiv domstolskontrol og institutionel ligevægt.

81 — Jf. K. Lenaerts og P. van Nuffel, *European Union Law* (tredje udgave, Sweet and Maxwell, London, 2011), punkt 17-008 – 17-011.

82 — Meroni-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 150. Domstolen bemærkede her, at »den omstændighed, at organerne i Bruxelles kan træffe afgørelser, som er fritaget for den betingelse, som de ville være underlagt, hvis de var blevet vedtaget direkte af Den Høje Myndighed, giver i virkeligheden organerne i Bruxelles mere omfattende beføjelser end dem, som Den Høje Myndighed har i henhold til traktaten«.

83 — *Ibidem*, s. 149.

84 — *Ibidem*, s. 152.

85 — *Ibidem*, s. 154.



## b) Romano-dommen

65. De samme hensyn går igen i Domstolens Romano-dom. Her tog Domstolen stilling til en præjudiciel forelæggelse fra en belgisk Tribunal du travail om fortolkningen og gyldigheden af afgørelse nr. 101 fra De Europæiske Fællesskabers Administrative Kommission for Vandrende Arbejdstageres Sociale Sikring (herefter »Den Administrative Kommission«)<sup>86</sup> og fortolkningen af Rådets forordning nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, som flytter inden for Fællesskabet<sup>87</sup>. Den Administrative Kommissionen var blevet oprettet i henhold til den sidstnævnte forordning og havde truffet en afgørelse, der havde en ugunstig virkning med hensyn til det pensionsbeløb, som Giuseppe Romano havde krav på at få udbetalt.

66. I sin afgørelse vedrørende Den Administrative Kommissions beføjelser nåede Domstolen frem til den velkendte konklusion:

»[...] [Det] følger [...] såvel af traktatens artikel 155 som af det judicielle system, som er indført ved traktaten, navnlig ved artiklerne 173 og 177, at et organ som Den Administrative Kommission ikke kan bemyndiges af Rådet til at udstede retsakter af normativ karakter«<sup>88</sup>.

67. Som det blev påpeget under retsmødet, viser den franske, nederlandske, tyske og spanske udgave af Romano-dommen, at den kun dækkede et forbud mod agenturers vedtagelse af *normative foranstaltninger*. Eksempelvis er det engelske udtryk »acts having the force of law« i Romano-dommens præmis 20 i den franske udgave formuleret som »acts revêtant un caractère normative« [dansk: »retsakter af normativ karakter«]. Den engelske oversættelse, »acts having the force of law«, skal derfor læses i lyset af andre sprogudgaver.

## 2. Retspraksis i Meroni-dommen og Romano-dommen sat i sammenhæng med den aktuelle EU-lovgivning om reguleringsorganer

68. Det er blevet hævdet, at Domstolen endnu ikke har anvendt principperne fra Meroni-dommen på nuværende EU-agenturer<sup>89</sup>. Problemets kerne består i at forene den hurtige udbredelse af agenturer med det forbud mod at delegere uforholdsmæssigt brede og/eller utilstrækkeligt fastlagte skønsbeføjelser til agenturer og andre organer, som blev fastlagt i Meroni-dommen<sup>90</sup>, og det forbud mod, at agenturer vedtager foranstaltninger af »normativ karakter«, som blev fastsat i Romano-dommen.

86 — EFT 1976 C 44, s. 3.

87 — EFT 1972 I, s. 160.

88 — Romano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 20. Generaladvokat Warner henviste mere resolut til fraværet af beføjelser til retslig efterprøvelse, som udelukkede, at Den Administrative Kommissions afgørelser havde »normativ karakter«; jf. hans forslag til afgørelse, s. 1265.

89 — Chamon (2011) op.cit. s. 1056. Forfatteren bemærker dog, at generaladvokat Geelhoed i sit forslag til afgørelse i sag C-378/00, Kommissionen mod Parlamentet og Rådet, Sml. 2003 I, s. 937, i en fodnote hævdede, at Meroni-dommen gælder for agenturer, uden at han kom nærmere ind på dette.

90 — Chamon (2011), op.cit., s. 1058.



69. De grundlæggende forskelle hvad angår de faktuelle og de retlige omstændigheder mellem de agenturer, som Domstolen undersøgte i 1958 i Meroni-dommen, og den måde, agenturerne arbejder på i dag, er værd at fremhæve. I en af kommentarerne beskrives de som følger:

»Organerne i Bruxelles [som blev behandlet i Meroni-dommen] var privatretlige organer, hvorimod EU-organerne er offentlige, EU-retlige organer. Mens det giver udmærket mening at betegne de førstnævnte »eksterne organer«, gælder dette ikke for de sidstnævnte. Organerne i Bruxelles var blevet tildelt beføjelser af Den Høje Myndighed, hvorimod EU-agenturer er oprettet og har fået tillagt beføjelser af EU-lovgiver. Endvidere blev Meroni-dommen afsagt på grundlag af EKSF-traktaten, mens de nuværende EU-agenturer fungerer under EU-traktaterne«<sup>91</sup>.

70. Romano-dommens begrænsede relevans for den aktuelle lovgivning om agenturer illustreres af selve dommen. Ved at udelukke, at det pågældende organ kunne tillægges lovgivningsbeføjelser, tog Domstolen efter min opfattelse i betragtning, at EØF-traktaten, i den daværende udgave, ikke gav mulighed for domstolsprøvelse af de pågældende foranstaltninger. Lissabontraktaten har imidlertid udfyldt dette hul, ændret reguleringen af delegation af lovgivningsbeføjelser ifølge artikel 290 TEUF og præciseret rækkevidden og funktionen af gennemførelsesbeføjelser ifølge artikel 291 TEUF.

71. Hvad Meroni-dommen angår er Domstolens bekymringer vedrørende den institutionelle ligevægt og nødvendigheden af at forbyde en uforholdsmæssigt bred og/eller vilkårlig delegation af beføjelser lige så relevante i dag, som de var i 1958. De skal imidlertid også vurderes under behørig hensyntagen til udviklingen i den primære EU-ret som afspejlet i artikel 290 TEUF og 291 TEUF.

72. Som det vil blive illustreret i næste afsnit, har den udvikling i EU's forfatningsret, som skete med Lissabontraktaten, rent faktisk imødekommet de centrale bekymringer, som Domstolen skulle tage stilling til i Meroni-dommen og Romano-dommen, nemlig de manglende traktatbaserede kriterier for overdragelsen og delegationen af beføjelser med henblik på at sikre overholdelsen af den institutionelle ligevægt og tomrummet med hensyn til domstolsprøvelse af juridisk bindende retsakter udstedt af agenturer.

### 3. Ændringerne som følge af Lissabontraktaten

73. Som nævnt ovenfor, er Domstolens beføjelse til at prøve lovligheden af »de af Unionens organers, kontorers og agenturers retsakter, der skal have retsvirkning over for tredjemand«, nu stadfæstet ved artikel 263, stk. 1, TEUF, mens artikel 263, stk. 2, TEUF fastsætter, at Domstolen i forbindelse med prøvelsen af agenturers retsakter har mulighed for at henvise til de samme grunde, som traditionelt kan henvises til i EU-retten<sup>92</sup>. I henhold til artikel 265, stk. 1, TEUF kan der også indbringes en klage for Domstolen med påstand om, at et agentur har undladt at træffe afgørelse, og artikel 267, stk. 1, litra b), TEUF sikrer, at der via nationale retter også kan foretages domstolsprøvelse af gyldigheden af retsakter udstedt af agenturer. Agenturer kom med i den sidste søjle af EU's retslige struktur, idet de er nævnt i forbindelse med ulovlighedsindsigelsen i henhold til artikel 277 TEUF, som gælder for almenyldige retsakter. I bestemmelserne om EU-institutioners ansvar uden for kontraktforhold og om erstatning, nemlig artikel 268 TEUF og 340 TEUF, er agenturer derimod ikke nævnt, men i henhold til retspraksis kan der ydes skadeserstatning i forbindelse med foranstaltninger truffet af agenturer<sup>93</sup>.

91 — Chamon (2011), op.cit., s. 1059.

92 — I henhold til artikel 263, stk. 5, TEUF kan retsakter om oprettelse af EU-organer, -kontorer og -agenturer fastsætte særlige betingelser og vilkår for fysiske eller juridiske personers indbringelse af klager med henblik på prøvelse af retsakter vedtaget af disse organer, kontorer og agenturer, som skal have retsvirkning for dem. I henhold til artikel 61 i forordning nr. 1095/2010 foretager Retten, og i sidste instans Domstolen, domstolskontrollen vedrørende anvendelsen af artikel 28 i forordning nr. 236/2012.

93 — Dommen i sagen Sogelma mod EAR, nævnt ovenfor i fodnote 14.

74. På baggrund af ovennævnte traktatbestemmelser er der ingen tvivl om, at agenturer kan tildeles beføjelser til at træffe juridisk bindende afgørelser, som skal have retsvirkning over for tredjemand. I modsat fald ville disse traktatændringer ikke give mening. Ligesom der ikke som sådan kan gøres indsigelse mod, at agenturer som ESMA vedtager foranstaltninger, der har retsvirkning over for tredjemand såsom investorer og værdipapirforhandlere, mener jeg derfor heller ikke, at der som sådan kan gøres indsigelse mod sådanne foranstaltninger med henvisning til Meroni-dommen eller Romano-dommen.

75. Når det er sagt, vil jeg dog anerkende, at mens Lissabontraktaten tydeligt angiver, hvordan domstolsprøvelsen af love og afgørelser truffet af agenturer skal foregå, er traktaten mere kryptisk med hensyn til afgrænsningen af agenturers beføjelser<sup>94</sup>. Det skyldes, at agenturer ikke er omtalt i hverken artikel 290 TEUF vedrørende delegation af lovgivningen i retsakter til Kommissionen eller artikel 291 TEUF, som tillægger medlemsstaterne, Kommissionen og under begrænsede omstændigheder Rådet gennemførelsesbeføjelser. Før Lissabontraktaten dækkede udtrykket »gennemførelsesbeføjelser« over to typer af beføjelser, som dog var forskellige. Der var beføjelsen til at vedtage en normativ retsakt, som ændrede eller udbyggede en basisretsakt, og beføjelsen til på EU-plan at gennemføre en EU-retsakt eller nogle af dens bestemmelser<sup>95</sup>. Det Europæiske Konvent foreslog en klar afgrænsning mellem disse to beføjelser<sup>96</sup>, som blev medtaget i traktaten om en forfatning for Europa<sup>97</sup>. Denne ændring kom senere med i Lissabontraktaten, nemlig i artikel 290 TEUF og 291 TEUF<sup>98</sup>.

76. I bund og grund giver artikel 290 TEUF mulighed for delegation af beføjelser til vedtagelse af regler, som udbygger eller ændrer ikke-væsentlige bestemmelser i en retsakt<sup>99</sup>. Disse beføjelser kan kun delegeres til Kommissionen. En retsakt, der er delegeret i henhold til artikel 290 TEUF, overfører med andre ord en beføjelse til Kommissionen til at foretage ikke-væsentlige ændringer af nærmere angivne retsakter og/eller bemyndigelse til at udbygge dem. Samtidig underlægger artikel 290 TEUF imidlertid delegationen strenge betingelser for at bevare den demokratiske kontrol i EU's lovgivning. I henhold til artikel 290, stk. 1, TEUF skal de »lovgivningsmæssige retsakter [...] udtrykkeligt [afgrænse] delegationens formål, indhold, omfang og varighed«<sup>100</sup>.

77. Artikel 291 TEUF om gennemførelsesbeføjelser har et andet formål. For det første opstilles her den grundlæggende regel, at gennemførelsen af EU-retten hører under medlemsstaternes ansvarsområde. For det andet kan gennemførelsesbeføjelser – med henblik på at sikre, at gennemførelsen af juridisk bindende EU-retsakter sker på en mere ensartet måde, end det ellers ville være muligt – tildeles Kommissionen eller, under visse restriktive betingelser, Rådet. Som følge heraf kan gennemførelsesbeføjelser udøves på EU-plan i stedet for på nationalt plan. Jeg er derfor enig med de kommentatorer, der mener, at formålet med gennemførelsesbeføjelserne ifølge artikel 291 TEUF er at

94 — Som bemærket af Hofmann og Morini, op.cit., s. 420.

95 — J.-C. Piris, *The Constitution for Europe. A legal Analysis* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006), s. 73.

96 — Jf. Final report of Working Group IX on Simplification, 29.11.2002, CONV 424/02, WG IX 13, s. 10-12.

97 — Traktat om en forfatning for Europa, EUT 2004 C 310, s. 1, artikel I-36 om delegerede europæiske forordninger og artikel I-37 om gennemførelsesretsakter. Vedrørende en grundig analyse af de retsregler, som i sidste ende blev vedtaget i Lissabontraktaten; jf. H. Hofmann, »Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality«, *European Law Journal* 15 (2009), s. 482-505.

98 — Jf. generelt J. Schwarze, »European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon«, *European Public Law* 18 (2012), s. 285-304, på s. 294-296; S. Peers og M. Costa, »Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon«, *European Law Journal* 18 (2012), s. 427-460, på s. 439-460. Forgængerne for artikel 290 TEUF og 291 TEUF var artikel 145 EØF og 155 EØF og artikel 202 EF og 211 EF, hvor der imidlertid ikke blev sondret mellem delegation af normative beføjelser og gennemførelse.

99 — Jf. generelt vedrørende artikel 290 TEUF C. Blumann, »À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive: les »nouveaux« actes délégués«, *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué* (Dalloz, Paris, 2010), s. 127-144; C. Garzón, »Les actes délégués dans le système des sources du droit de l'Union Européenne«, *ERA Forum* 12 (2011), s. 105-134.

100 — Domstolen fastslog følgende i dom af 5.9.2012, sag C-355/10, Parlamentet mod Rådet, EU:C:2012:516, præmis 64-66: »Det følger af fast retspraksis, at vedtagelsen af væsentlige regler på det pågældende område er forbeholdt EU-lovgiver [...]. De væsentlige regler på det omhandlede område skal vedtages i den grundlæggende retsforskrift og kan ikke gøres til genstand for en delegation [...]. Vedtagelse af bestemmelser, der kræver et politisk valg, som det hører under EU-lovgivers egen kompetence at træffe, kan således ikke gøres til genstand for en sådan delegation. [...] Det følger heraf, at gennemførelsesforanstaltninger hverken kan ændre væsentlige bestemmelser i den grundlæggende retsforskrift eller supplere denne med nye væsentlige bestemmelser.

give mulighed for at angive det normative indhold i den retsakt, som gennemføres, på en mere detaljeret måde for at gøre anvendelsen lettere. Dette er et helt andet formål end formålet med foranstaltninger, der vedtages i henhold til en delegation ifølge artikel 290 TEUF, som er at fritage EU-lovgiver fra behovet for at ændre eller udbygge ikke-væsentlige bestemmelser i en retsakt, og samtidig forbeholde lovgiver retten til at træffe afgørelser vedrørende de væsentlige elementer inden for et område<sup>101</sup>.

78. Jeg indrømmer, at det ikke altid er nemt at trække en grænse mellem at udbygge en retsakt med ikke-væsentlige bestemmelser og udstede mere detaljerede gennemførelsesbestemmelser<sup>102</sup>. Som en filosof har sagt, »betyder forekomsten af grænsetilfælde dog ikke, at der ikke findes klare positive og negative tilfælde«<sup>103</sup>.

79. I modsætning til de argumenter, som Det Forenede Kongerige har fremsat i annullationspåstanden, betyder dette dog ikke, at en gennemførelsesforanstaltning ifølge artikel 291 TEUF ikke kan være almengyldig. Når den er dette, vil den udgøre en regelfastsættende retsakt i artikel 263, stk. 4's forstand<sup>104</sup>. Denne konklusion er en nødvendig følge af, at Lissabontraktaten tilføjede en henvisning til agenturer i artikel 277 TEUF, der – som Parlamentet har gjort opmærksom på i sine skriftlige indlæg – fastsætter, at der kan gøres ulovlighedsindsigelse over for »almengyldige« retsakter. Hertil kan jeg tilføje henvisningen til agenturer i artikel 267 TEUF om domstolskontrol, som normalt vedrører normative retsakter.

80. Endvidere kan gennemførelsesforanstaltninger ifølge artikel 291 TEUF være i form af individuelle administrative afgørelser<sup>105</sup>. Imidlertid er alle individuelle administrative afgørelser af indlysende årsager udelukket i henhold til artikel 290 TEUF. Derfor er der kun overlapning mellem artikel 290 TEUF og artikel 291 TEUF på den måde, at retsakter, som materielt er regelfastsættende ifølge artikel 263, stk. 4, TEUF og har retlig form af en almengyldig forordning eller afgørelse, kan vedtages i henhold til begge disse bestemmelser.

81. Heraf følger, at EUF-traktaten, i modsætning til de foregående traktater, har indført en skarp begrebsmæssig sondring mellem delegerede retsakter og gennemførelsesretsakter. Delegerede retsakter ifølge artikel 290 TEUF er ikke-lovgivningsmæssige (regelfastsættende), almengyldige retsakter, der er vedtaget af Kommissionen med henblik på at ændre eller udbygge ikke-væsentlige bestemmelser i en retsakt. Gennemførelsesretsakter ifølge artikel 291 TEUF kan være enten regelfastsættende retsakter eller individuelle administrative afgørelser. De kan vedtages af Kommissionen eller Rådet for at sikre en ensartet gennemførelse af juridisk bindende EU-foranstaltninger. På grund af kravet om, at ordene »delegeret«/»delegerede« eller »gennemførelses-«/»om gennemførelse af« skal indgå i deres overskrift, kan der desuden nu formelt sondres mellem de to typer retsakter og de instrumenter, der anvendes til vedtagelsen af retsakter<sup>106</sup>.

101 — T. Kröll: »Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union«, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 66, 2011, s. 253-298, s. 284.

102 — Vedrørende afgrænsningen mellem artikel 290 TEUF og 291 TEUF, jf. meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet, »Anvendelse af artikel 290 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde«, Bruxelles, den 9.12.2009, KOM(2009) 673 endelig, punkt 2.2. Vedrørende et sammendrag af Domstolens praksis om gennemførelsesbeføjelser; jf. punkt 26-29 i generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i sag C-355/10, Europa-Parlamentet mod Rådet.

103 — S. Körner, *Experience and Conduct. A Philosophical Enquiry into Practical Thinking* (Cambridge University Press, Cambridge, 1980), s. 186.

104 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 17.1.2013 i sag C-583/11 P, Inuit Tapiriit Kantami m.fl. mod Parlamentet og Rådet, punkt 56.

105 — Jf. dom af 23.2.2006, sag C-122/04, Kommissionen mod Parlamentet, Sml. I, s. 2001, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis. Jf. desuden artikel I-37, stk. 4, i traktaten om en forfatning for Europa, nævnt ovenfor i fodnote 97, hvorefter Unionens gennemførelsesretsakter kunne have været vedtaget som europæiske gennemførelsesforordninger eller europæiske gennemførelsesafgørelser.

106 — Lenaerts og van Nuffel, op.cit., punkt 17-006.

82. Denne sontring er afspejlet i forordning nr. 236/2012, hvor bestemmelserne om delegerede beføjelser og gennemførelsesbeføjelser indgår i forskellige kapitler. Gennemførelsesbeføjelser tillægges Kommissionen ved artikel 44 (i kapitel VIII) i forordning nr. 236/2012, mens beføjelsen til at vedtage delegerede retsakter tillægges Kommissionen ved artikel 42 (i kapitel VII) i forordning nr. 236/2012<sup>107</sup>.

#### 4. Forfatningsmæssige konsekvenser

83. Den største forfatningsmæssige bekymring i forbindelse med delegerede retsakter ifølge artikel 290 TEUF drejer sig om den demokratiske kontrol<sup>108</sup>. I hvor stor udstrækning kan lovgivningsbeføjelser delegeres, og hvordan kan udøvelsen af de pågældende delegerede beføjelser kontrolleres af lovgiver? Det største forfatningsmæssige fokus i forbindelse med gennemførelsesretsakter ifølge artikel 291 TEUF vedrører derimod respekten for medlemsstaternes primære kompetence med hensyn til gennemførelsen af EU-retten og den institutionelle ligevægt mellem Rådet og Kommissionen, når de udfører deres gennemførelsesfunktion.

84. Som Kommissionen har gjort opmærksom på i sine skriftlige indlæg, er det kun Kommissionen, der kan tildeles delegerede beføjelser ifølge artikel 290 TEUF. Dette indebærer, at Romano-dommens forbud mod, at agenturer tillægges lovgivningsmæssige eller lovgivningslignende beføjelser, i denne sammenhæng stadig er gældende ret både i den forstand, at EU-lovgiver ikke kan delegere sine lovgivningsbeføjelser til et agentur, og at Kommissionens videredelegation af de beføjelser, som er delegeret til den ifølge artikel 290 TEUF, ville være ulovlig<sup>109</sup>.

85. Agenturer må nødvendigvis være udelukket fra delegation af beføjelser ifølge artikel 290 TEUF, da udøvelsen af disse beføjelser ændrer det normative indhold af retsakter, selv om den vedrører ikke-væsentlige bestemmelser. At agenturer og alle andre organer uden for Kommissionen er udelukket, følger desuden af ordlyden af artikel 290 TEUF. Endvidere udelukker mekanismen med hensyn til de betingelser, som lovgiver kan underlægge delegationen ifølge artikel 290, stk. 2, TEUF, klart agenturer, da de ikke kan deltage i systemet med interinstitutionel kontrol og ligevægt. Demokratiprincippet, som er nedfældet i artikel 2 TEU og 10 TEU, kræver nødvendigvis, at en beføjelse til at vedtage en EU-foranstaltning, der kan ændre de ikke-væsentlige bestemmelser i en EU-retsakt, skal udøves af en EU-institution, som er demokratisk ansvarlig, dvs. af Kommissionen, som i sidste ende står til ansvar over for Europa-Parlamentet<sup>110</sup>.

86. Der gælder derimod ikke en tilsvarende begrænsning vedrørende gennemførelsesbeføjelser ifølge artikel 291 TEUF. Det er naturligvis korrekt, at artikel 291 TEUF, ligesom artikel 290 TEUF, ikke henviser til agenturer som instanser, der kan tillægges gennemførelsesbeføjelser på EU-plan. Da gennemførelsesbeføjelser imidlertid ikke omfatter ændring eller udbygning af retsakter med nye bestemmelser, er grundlæggende forfatningsprincipper efter min mening ikke til hinder for, at lovgiver overdrager sådanne beføjelser til agenturer som en mellemløsning mellem på den ene side at tillægge enten Kommissionen eller Rådet gennemførelsesbeføjelser og på den anden side overlade det til medlemsstaterne.

107 — Jf. desuden 42. og 43. betragtning til forordning nr. 236/2012. Det er interessant at bemærke, at Kommissionen har givet udtryk for, at den nærer »alvorlig tvivl om, hvorvidt begrænsningerne af dens rolle under vedtagelsen af delegerede retsakter og gennemførelsesforanstaltninger [i sektoren for finansielle tjenesteydelser] er i overensstemmelse med artikel 290 TEUF og 291 TEUF«. Jf. »Commission Statements«, tillæg til »I/A«-punkts-note til dagsordenen for Rådet for Den Europæiske Union, 10.11.2011, Rådets dok. nr. 15649/10 Add 1.

108 — Jf. vedrørende sager, hvor Domstolen har afgjort spørgsmål vedrørende institutionel ligevægt og myndighed med henvisning til beskyttelse af demokratiprincippet, dom af 29.10.1980, sag C-138/79, Roquette Frères mod Rådet, Sml. s. 3333, af 23.4.1986, sag 294/83, Les Verts mod Parlamentet, Sml. s. 1339, og af 4.10.1991, sag C-70/88, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 2041, samt Titandioxid-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 80. Jf. vedrørende sager for Retten, dom af 17.6.1998, sag T-135/96, UEAPME mod Rådet, Sml. II, s. 2335.

109 — Det er også blevet bemærket, at komitologiprocedurer ikke er relevante for udøvelsen af beføjelser ifølge artikel 290 TEUF. Jf. J.-C. Pires, »Les articles 290 et 291 du TFUE: Les compétences »délégées« ou »conférées« à la Commission par le législateur européen. Les actes délégués et les actes d'exécution«, *Publications de Congrès FIDE XXIII 2008-2009*, s. 247-251.

110 — Jf. artikel 17, stk. 8, TEU.



87. Denne tilgang kan især være hensigtsmæssig, når gennemførelsen af en EU-foranstaltning kræver komplekse tekniske vurderinger. Som Parlamentet har gjort opmærksom på i sine skriftlige indlæg, har en tildeling af disse beføjelser til agenturer altid afvejet fra de overordnede principper om gennemførelse i traktaten. Dette er et område, hvor agenturer længe har spillet en vigtig rolle, og en ændring ville have krævet en udtrykkelig henvisning i Lissabontraktaten om afskaffelse af en sådan tildeling. Som nævnt ovenfor anerkender adskillige traktatbestemmelser nu implicit, at agenturer har mulighed for at træffe juridisk bindende afgørelser, som har virkning over for tredjemand. Det er f.eks. vanskeligt at forestille sig, hvad afgørelser truffet af de i artikel 267, stk. 1, litra b), TEUF omhandlede organer, kontorer eller agenturer, hvortil der henvises i artikel 267, stk. 1, litra b), kunne vedrøre, hvis lovgiver ikke kunne tildele disse enheder gennemførelsesbeføjelser.

88. Som Kommissionen har gjort opmærksom på i sine skriftlige indlæg, er retspraksis i Meroni-dommen således stadig relevant i forbindelse med delegation af gennemførelsesbeføjelser til et agentur. Nærmere bestemt er Meroni-dommen stadig relevant, idet i) der ikke kan delegeres andre beføjelser til et agentur end dem, som EU-lovgiver har tildelt den delegerende myndighed, hvad enten det er Kommissionen eller Rådet, og ii) de delegerede beføjelser skal være tilstrækkeligt veldefinerede, således at man undgår vilkårlig udøvelse af beføjelser. Den delegerende retsakt skal med andre ord opstille tilstrækkeligt klare kriterier, således at gennemførelsesbeføjelsen kan gøres til genstand for domstolskontrol. Den delegerende myndighed skal »træffe en udtrykkelig beslutning om at overdrage dem, og delegationen kan alene omfatte gennemførelsesbestemmelser, der er nøjagtigt fastsat«<sup>111</sup>.

#### 5. Anvendelsen af disse overordnede principper på den foreliggende sag

89. Det grundlæggende forfatningsprincip, som nu er formuleret i artikel 290, stk. 1, andet afsnit, TEUF, hvorefter de væsentlige dele af et område er forbeholdt en lovgivningsmæssig retsakt, begrænser ikke kun anvendelsesområdet for delegerede retsakter, men også for gennemførelsesretsakter. Dette princip er tydeligvis overholdt i artikel 28 i forordning nr. 236/2012. Derudover er artikel 290 TEUF ikke relevant for vurderingen af, om ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er forenelige med EU's forfatningsret. Som Kommissionen har påpeget i sine skriftlige indlæg, giver artikel 28 i forordning nr. 236/2012 ikke ESMA beføjelse til at udbygge eller ændre forordningens bestemmelser. Hvis den gjorde, ville overdragelsen af denne form for beføjelser til ESMA som agentur, som jeg har forklaret ovenfor, nødvendigvis være ulovlig.

90. Imidlertid indebærer artikel 28 i forordning nr. 236/2012 heller ikke en videredelegation til et agentur af gennemførelsesbeføjelser ifølge artikel 291 TEUF, som tidligere er blevet tillagt Kommissionen eller Rådet. ESMA's beføjelser ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er med andre ord ikke blevet tillagt agenturet ved en »gennemførelsesretsakt« ifølge artikel 291, stk. 4, TEUF, som var vedtaget af Kommissionen eller Rådet, men direkte af EU-lovgiver ved en retsakt ifølge artikel 289, stk. 3, TEUF.

91. Denne sondring er vigtig, da lovgivers overdragelse af beføjelser ikke i sig selv kan underlægges de begrænsninger, som blev fastsat i Meroni-dommen. EU-lovgiveren handler nemlig ikke som en »delegerende myndighed« i Meroni-dommens forstand, når denne tillægger institutioner, agenturer eller andre EU-organer gennemførelsesbeføjelser, men som en forfatningsmæssig aktør, som udøver sin egne lovgivningskompetencer, der er tildelt ved det højere forfatningsmæssige charter, nemlig Lissabontraktaten. De udøvende og judicielle beføjelser, som EU-lovgiver kan overdrage til institutioner eller organer, er kvalitativt forskellige fra lovgiverens egne beføjelser. Eksempelvis kan

111 — Dom af 26.5.2005, sag C-301/02 P, Tralli mod Den Europæiske Centralbank, Sml. I, s. 4071, præmis 43, hvori der henvises til Meroni-dommen.



Europa-Parlamentet og Rådet i henhold til artikel 257, stk. 1, TEUF oprette specialretter. Imidlertid siger det sig selv, at de under ingen omstændigheder kan anses for selv at have judicielle beføjelser, som de kan delegerere til andre organer. Der kræves blot, at specialretterne er oprettet på et passende retsgrundlag som fastsat i Lissabontraktaten.

92. Det er imidlertid min opfattelse, at det princip, som første gang blev formuleret i Meroni-dommen, med hensyn til forbuddet mod uforholdsmæssigt brede og/eller vilkårlige gennemførelsesbeføjelser fortsat er relevant for vurderingen af legaliteten af artikel 28 i forordning nr. 236/2012 i henhold til EU's forfatningsret. EU-lovgiver kan ikke tildele ESMA myndighed til at vedtage gennemførelsesforanstaltninger, som ville være i strid med dette princip, fordi det kun vil være lovligt at overdrage en gennemførelsesbeføjelse, hvis den er tilstrækkelig specifik, hvilket indebærer, at den tydeligt skal angive grænserne for den beføjelse, som overdrages. Den institutionelle ligevægt og muligheden for en effektiv domstolskontrol af anvendelsen af gennemførelsesbeføjelserne vil ellers ikke være sikret<sup>112</sup>.

93. Desuden kan ESMA ikke bemyndiges til at træffe politiske afgørelser<sup>113</sup>. En lovbestemmelse, der giver en gennemførende myndighed på EU-plan beføjelse til at forbyde short selling, »hvor det er påkrævet«, vil f.eks. udgøre en forfatningsstridig overdragelse af for omfattende gennemførelsesbeføjelser, uanset om de overdrages til Kommissionen eller til et agentur<sup>114</sup>. Dette afspejler det almindelige princip om den demokratiske lovgivers primære rolle, der er anerkendt i adskillige medlemsstaters forfatning og i artikel 290 TEUF og indebærer, at lovgivning ikke må være så vag eller uspecifik, at væsentlige politiske valg eller vurderinger først foretages i gennemførelsesfasen.

94. Jeg er enig med den franske regering, som under retsmødet fremførte det argument, at den foranstaltning, som ESMA har både beføjelse og pligt til at vedtage ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012, består i gennemførelse. Denne konklusion ændres ikke af den omstændighed, at ESMA i forbindelse med anvendelsen af artikel 28 i forordning nr. 236/2012 kan være nødsaget til at foretage komplekse vurderinger af de faktiske omstændigheder eller anvende semantisk upræcise begreber såsom »alvorligt«, »rette« og »de finansielle markeders integritet« som fastsat i artikel 24, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning nr. 918/2010. Spørgsmålet er, hvorvidt artikel 28 i forordning nr. 236/2012 overdrager tilstrækkeligt nøjagtigt fastsatte udøvende beføjelser. Som jeg har antydnet i punkt 41-43 ovenfor, er udøvelsen af disse beføjelser blevet overdraget med præcision og fastsat på flere forskellige måder.

95. Artikel 28 i forordning nr. 236/2012 pålægger ESMA at træffe visse foranstaltninger under visse betingelser, som er anført i denne artikel, og betydningen heraf uddybes i artikel 24, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning nr. 918/2012. Endvidere definerer artikel 28 i forordning nr. 236/2012 udtrykkeligt foranstaltningernes indhold, proceduren for vedtagelsen af disse og deres tidsmæssige virkning. Adressaterne for disse foranstaltninger er enten fysiske eller juridiske personer, som har visse korte nettopositioner i et bestemt finansielt instrument eller bestemte finansielle instrumenter, eller agter at foretage short selling af et finansielt instrument.

112 — Dom af 5.7.1988, sag 291/86, Central-Import Münster, Sml. I, s. 3679, præmis 13, og Tralli-dommen, præmis 43.

113 — Dom af 5.9.2012, sag C-355/10, Parlamentet mod Rådet, præmis 65, hvor Domstolen fastslog, at »[v]edtagelse af bestemmelser, der kræver et politisk valg, som det hører under EU-lovgivers egen kompetence at træffe, [ikke kan] gøres til genstand for en sådan delegation«. Til forskel fra generaladvokaten koblede Domstolen væsentlige bestemmelser sammen med bestemmelser, der kræver politiske valg. Jf. M. Chamon, »How the concept of essential elements of a legislative act continues to elude the Court«, *Common Market Law Review* 50 (2013), s. 849-860, på s. 854.

114 — Udførelsen af et EU-program kan heller ikke delegeres til et forvaltningsorgan, hvor dette ville indebære, »at der skal udøves et skøn, når politiske beslutninger skal føres ud i livet«; jf. femte betragtning til og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 58/2003.

96. I henhold til artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er ESMA derfor forpligtet til at træffe foranstaltninger under visse begrænsede omstændigheder med relation til visse finansielle instrumenter eller kategorier af finansielle instrumenter, alt efter omstændighederne. De foranstaltninger, der træffes ifølge artikel 28 i forordning nr. 236/2012, vil normalt vedrøre en abstrakt kategori af personer og udgør derfor en almenyldig administrativ afgørelse, når de gennemføres.

97. Forordning nr. 236/2012, og nærmere bestemt artikel 28, er resultat af et grundlæggende politisk valg foretaget af lovgiver, som mener, at short selling under normale omstændigheder er hensigtsmæssig, men at det under nærmere definerede ekstraordinære omstændigheder kan udgøre en trussel mod det indre markeds rette funktion. Der er ydermere truffet det politiske valg, at denne trussel skal imødegås, om nødvendigt med foranstaltninger på EU-plan. De centrale vurderinger, som ligger til grund for artikel 28 i forordning nr. 236/2012, er således foretaget af EU-lovgiver og er ikke blevet overladt til ESMA.

98. Når den ekstraordinære situation opstår, som er omhandlet i artikel 28 i forordning nr. 236/2012 og artikel 24, stk. 3, i Kommissionens delegerede forordning nr. 918/2012, har ESMA endvidere ingen beføjelser til at skønne, hvorvidt der skal træffes foranstaltninger eller ikke. ESMA er forpligtet til at træffe foranstaltninger.

99. Endelig kræver anvendelsen af kriterierne og vilkårene i artikel 28 i forordning nr. 236/2012 ganske vist komplekse vurderinger af de faktiske omstændigheder, men ESMA blev oprettet til netop dette formål. ESMA er en sammensat struktur, som omfatter nationale myndigheder med ekspertise på området, der har pligt til at rådføre sig med ESRB. Kravet om, at disse teknisk vanskelige vurderinger skal foretages på et objektivt, upolitisk grundlag, er efter min opfattelse et argument for, at de pågældende beføjelser bør overdrages til et ekspertagentur i stedet for til Kommissionen.

100. I modsætning til de argumenter, som Det Forenede Kongerige fremførte under retsmødet, indebærer muligheden for, at eksperter kan være uenige om et spørgsmål, ikke nødvendigvis, at der foretages subjektive vurderinger eller findes ubegrænsede skønsmålinger i nogen juridisk relevant forstand. Det er ikke ualmindeligt, at eksperter, eller dommere for den sags skyld, er uenige. Objektivitet garanteres nemlig ved hjælp af procedurer, som sikrer, at beslutningstagerne baserer deres vurderinger på et bredt, faktisk grundlag og en solid metodologi efter at have rådført sig med de relevante aktører. Disse krav er afspejlet i artikel 28 i forordning nr. 236/2012.

101. Såfremt Domstolen anser det for nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt artikel 28 i forordning nr. 236/2012 er forenelig med de forfatningsmæssige bestemmelser om overdragelse af beføjelser direkte fra EU-lovgiver til etagentur (i dette tilfælde ESMA), mener jeg, at den bør fastslå, at kravene i artikel 291 TEUF og almindelige forfatningsprincipper for overdragelse af gennemførelsesbeføjelser er fuldt ud overholdt.

#### **IV – Forslag til afgørelse**

102. Jeg foreslår derfor, at Det Forenede Kongerige gives medhold i den første påstand, og at artikel 28 i forordning nr. 236/2012 annulleres, da artikel 114 TEUF ikke var det korrekte retsgrundlag for vedtagelsen, men at Det Forenede Kongeriges anden påstand vedrørende sagens omkostninger afvises. Det Forenede Kongerige får ikke medhold i de tre første anbringender om, at de beføjelser, som ESMA tillægges i henhold til artikel 28 i forordning nr. 236/2012, tilsidesatte retspraksis i Romano-dommen og Meroni-dommen. I henhold til artikel 138, stk. 3, i Domstolens procesreglement bør hver part derfor bære sine egne omkostninger.

103. Jeg foreslår derfor, at Domstolen annullerer artikel 28 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 om short selling og visse aspekter af credit default swaps, og at hver part tilpligtes at bære sine egne omkostninger.