

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
E. SHARPSTON

fremsat den 10. april 2008<sup>1</sup>

1. Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (Østrig) ønsker i den foreliggende sag oplyst, om dokumenter, som skal offentliggøres i medfør af artikel 254 EF, er »dokumenter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1049/2001 (herefter »forordningen om aktindsigt«)<sup>2</sup>, og om forordninger eller dele deraf er bindende, såfremt de i strid med artikel 254, stk. 2, EF ikke er blevet offentliggjort i EU-Tidende.

**Retsforskrifter**

*Relevante fællesskabsbestemmelser om offentliggørelse af eller aktindsigt i dokumenter*

Traktatbestemmelser

2. Artikel 1, stk. 2, EU bestemmer:

»Denne traktat udgør en ny fase i processen hen imod en stadig snævrere union mellem de europæiske folk, hvor beslutningerne træffes så åbent som muligt og så tæt på borgerne som muligt.«

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43).

3. Artikel 254 EF bestemmer:

betingelser, der fastsættes i henhold til stk. 2 og 3.

»1. Forordninger, direktiver og beslutninger vedtaget efter fremgangsmåden i artikel 251<sup>[3]</sup> [...] offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende* [...]

2. Generelle principper for og begrænsninger i denne aktindsigt af hensyn til offentlige eller private interesser fastsættes af Rådet efter fremgangsmåden i artikel 251 senest to år efter Amsterdamtraktatens ikrafttræden.

2. Rådets og Kommissionens forordninger samt disse institutioners direktiver, der er rettet til alle medlemsstaterne, offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende* [...]

3. Ovennævnte institutioner indarbejder hver især særlige bestemmelser vedrørende aktindsigt i deres forretningsordener.«

3. Andre direktiver samt beslutninger meddeles dem, de er rettet til, og får virkning ved denne meddelelse.«

4. Artikel 255 EF bestemmer:

Forordningen om aktindsigt

»1. Alle unionsborgere og alle fysiske og juridiske personer, der har bopæl eller hjemsted i en medlemsstat, har ret til aktindsigt i dokumenter fra Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen efter de principper og på de

5. De første fire betragtninger udstikker rammerne for forordningen ved at fremhæve betydningen af åbenhed, gennemsigtighed og ansvarlighed. Første betragtning nævner udtrykkeligt artikel 1 EU. Det anføres i anden betragtning, at større åbenhed sikrer forvaltningen en større legitimitet, effektivitet og gør den mere ansvarlig over for borgerne i et demokratisk system. Det anføres i tredje betragtning, at med forordningen »konsoli-

3 — Som fastsætter bestemmelser om den »fælles beslutnings-procedure«.

deres de initiativer, institutionerne allerede har taget med henblik på at øge gennemsigtigheden i beslutningsprocessen«. Fjerde betragtning indeholder forordningens formål:

»Formålet med nærværende forordning er at give retten til aktindsigt størst mulig virkning og at fastsætte de generelle principper herfor og begrænsninger heri i overensstemmelse med [...] artikel 255, stk. 2, [EF].«

6. Det fremgår af forordningen om aktindsigts artikel 1, litra a), at forordningens formål er

»at fastlægge de principper, betingelser og begrænsninger af hensyn til offentlige og private interesser, der skal gælde for retten til aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (herefter »institutionerne«) som fastlagt ved EF-traktatens artikel 255 med henblik på at sikre den videst mulige aktindsigt i dokumenter«.

7. Det bestemmes i artikel 2, stk. 1, at »[e]nhver unionsborger og enhver fysisk eller juridisk person, der har bopæl eller hjemsted i en medlemsstat, har ret til aktindsigt i institutionernes dokumenter med forbehold af de principper, betingelser og begrænsninger, der er fastsat i denne forordning«.

8. Artikel 2, stk. 3, bestemmer, at forordningen finder anvendelse »på alle dokumenter, som en institution er i besiddelse af, dvs. dokumenter, som den har udarbejdet eller modtaget, inden for alle Den Europæiske Unions aktivitetsområder«. I henhold til artikel 2, stk. 5, kan »[f]ølsomme dokumenter som defineret i artikel 9, stk. 1, behandles efter en særlig procedure i overensstemmelse med den nævnte artikel«.

9. I artikel 3, litra a), defineres »et dokument« som »ethvert indhold uanset medium (skrevet på papir eller opbevaret elektronisk, lyd- eller billedoptagelser, audiovisuelle optagelser) vedrørende emner, der har at gøre med politikker, aktiviteter og beslutninger, der henhører under institutionens kompetenceområde«.

10. Artikel 4 og 9 indeholder bestemmelser om visse undtagelser til princippet om aktindsigt. Det bestemmes således i artikel 4:

»1. Institutionerne afslår at give aktindsigt i et dokument, hvis udbredelse ville være til skade for:

a) beskyttelsen af offentlighedens interesser med hensyn til:

— offentlig sikkerhed

12. Artikel 13 indeholder særlige bestemmelser om offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*:

— forsvar og militære anliggender

»1. Ud over de retsakter, der er nævnt i EF-traktatens artikel 254, stk. 1 og 2, [...] og med forbehold af denne forordnings artikel 4 og 9, offentliggøres følgende dokumenter i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*:

[...]«

a) forslag fra Kommissionen

11. I artikel 9, stk. 1, defineres »følsomme dokumenter« som »dokumenter, der hidrører fra institutionerne eller de af dem oprettede organer, medlemsstater, tredjelande eller internationale organisationer, og som er klassificeret »TRÈS SECRET/TOP SECRET«, »SECRET« eller »CONFIDENTIEL« i overensstemmelse med de forskrifter, den pågældende institution har fastsat, som beskytter Den Europæiske Unions eller en eller flere medlemsstaters væsentlige interesser inden for de i artikel 4, stk. 1, litra a), anførte områder, navnlig offentlig sikkerhed, forsvar og militære anliggender«. I den resterende del af artikel 9 bestemmes, at begæringer om aktindsigt i følsomme dokumenter kun kan behandles af de personer, der har ret til at gøre sig bekendt med de pågældende dokumenter. Disse personer beslutter endvidere, hvilke henvisninger der kan gives til følsomme dokumenter i det offentlige register i henhold til artikel 11. Såfremt en institution afslår at give aktindsigt i et følsomt dokument, skal afgørelsen begrundes. Institutionernes bestemmelser om følsomme dokumenter skal offentliggøres.

b) de fælles holdninger, som Rådet har fastlagt efter procedurerne i EF-traktatens artikel 251 og 252 og begrundelserne herfor samt Europa-Parlamentets holdninger i disse procedurer

[...]«

»2. Så vidt muligt offentliggøres følgende dokumenter i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*:

[...]

14. Artikel 4, stk. 1 og 2, bestemmer:

- c) andre direktiver end dem, der er nævnt i EF-traktatens artikel 254, stk. 1 og 2, andre beslutninger end dem, der er nævnt i EF-traktatens artikel 254, stk. 1, henstillinger og udtalelser.
  - »1. De fælles grundlæggende krav til luftfartssikkerhedsforanstaltninger [...] fastlægges i bilaget.
  - 2. De nødvendige foranstaltninger til gennemførelse og teknisk tilpasning af disse fælles grundlæggende krav vedtages efter proceduren i artikel 9, stk. 2,<sup>5</sup> under behørig hensyntagen til de forskellige typer operationer og til følsomheden af de foranstaltninger, der vedrører:
  - a) ydelseskriterierne og godkendelsesprøven for udstyr
  - b) de detaljerede procedurer, der indeholder følsomme oplysninger
  - c) de detaljerede kriterier for undtagelser fra sikkerhedsforanstaltningerne.«

Forordning nr. 2320/2002

13. Det fremgår af artikel 1 i forordning (EF) nr. 2320/2002<sup>4</sup>, at forordningens hovedformål er »at fastsætte og gennemføre formålstjenlige fællesskabsforanstaltninger for at forebygge ulovlige handlinger rettet mod civil luftfart«.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 16.12.2002 om fastsættelse af fælles bestemmelser om sikkerhed inden for civil luftfart (EFT L 355, s. 1).

5 — En forskriftsudvalgsprocedure.

15. Artikel 6 bestemmer:

ii) de detaljerede procedurer, der indeholder følsomme oplysninger

»Medlemsstaterne kan under overholdelse af fællesskabsretten anvende foranstaltninger, der er strengere end de i denne forordning fastsatte. Medlemsstaterne underretter Kommissionen om arten af disse foranstaltninger snarest muligt efter deres ikrafttrædelse.«

iii) de detaljerede kriterier for undtagelser fra sikkerhedsforanstaltningerne

som omhandlet i artikel 4, stk. 2

16. Artikel 8 om formidling af oplysninger bestemmer:

[...]

»1. Uanset retten til aktindsigt i henhold til [forordningen om aktindsigt] er

hemmelige og offentliggøres ikke. De stilles kun til rådighed for de i artikel 5, stk. 2, nævnte myndigheder <sup>[6]</sup>, der kun videreformidler dem til de berørte parter i et »behov for at vide« omfang i overensstemmelse med de nationale regler om formidling af følsomme oplysninger.

a) foranstaltninger vedrørende

[...]«

i) ydelseskriterierne og godkendelsesprøven for udstyr

6 — En myndighed, som udpeges af enhver medlemsstat.

17. Det fremgår af artikel 12, at sanktioner for overtrædelse af forordningens bestemmelser skal være »effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning«.

18. Det bilag, der nævnes i artikel 4, stk. 1, blev behørigt offentliggjort som en integrerende del af forordningen. Bilaget indeholder bl.a. fælles grundlæggende krav vedrørende screening af passagerer (punkt 4.1) og screening af håndbagage (punkt 4.3). Alle afrejsende passagerer skal screenes for at forhindre, at forbudte genstande indføres i eller medbringes til de security-beskyttede områder og om bord på et luftfartøj. Disse passagerers håndbagage skal screenes, inden den kan bringes med ind i security-beskyttede områder og om bord på et luftfartøj, og forbudte genstande skal fjernes fra passagererne, eller passagererne skal nægtes adgang til det security-beskyttede område eller luftfartøjet.

19. I bilagets punkt 1.18 defineres »forbudt genstand« som »en genstand, der kan benyttes til at begå en ulovlig handling, og som ikke er blevet korrekt deklareret og behandlet i henhold til gældende love og bestemmelser«. En vejledende liste over sådanne forbudte genstande findes i det (offentliggjorte) »tillæg A« til bilaget, som indeholder retningslinjer for klassificering af forbudte genstande. Den indledende sætning har følgende ordlyd: »I disse retningslinjer findes eksempler på udformning af våben og forbudte genstande, men almindelig sund

fornuft er dog det bedste middel til at vurdere, om en genstand kan bruges som et våben«. Under tillæg A's punkt iii) er anført »Slagvåben: totenschlægere, knipler, baseballbat eller lignende instrumenter«. I punkt vi) anføres: »Andre genstande: genstande, som f.eks. issyle, vandrestave, barberknive og sakse med lang klinge, der skønt de ikke almindeligvis opfattes som dødbringende eller farlige våben, kunne bruges som våben. Dette gælder også legetøj eller attrapper, der ligner våben og granater.« I punkt vii) anføres: »Genstande af enhver art, som kunne skabe rimelig mistanke om, at de kunne bruges til at efterligne et dødbringende våben. Disse kunne bl.a. omfatte genstande, som ligner eksplosive anordninger og våben, eller som virker farlige.«

Gennemførelsesforordninger vedtaget af Kommissionen

20. I de første to betragtninger til forordning (EF) nr. 622/2003 (herefter »forordning nr. 622/2003«)<sup>7</sup>, som gennemfører forordning nr. 2320/2002, gives følgende begrundelse for forordningens form og den begrænsede offentliggørelse heraf:

7 — Kommissionens forordning af 4.4.2003 om foranstaltninger til gennemførelse af grundlæggende fælles normer for luftfartssikkerhed (EUT L 89, s. 9). Det ikke-offentliggjorte bilag er blevet ændret adskillige gange, senest ved Kommissionens forordning (EF) nr. 23/2008 af 11.1.2008 (EUT L 9, s. 12). Forordningens bestemmelser er kun blevet ændret én gang, nemlig da artikel 3a (om nye tekniske metoder og processer) blev indført ved Kommissionens forordning (EF) nr. 65/2006 af 13.1.2006 (EUT L 11, s. 4).

»1) Kommissionen skal vedtage foranstaltninger til gennemførelse af grundlæggende fælles normer for luftfartssikkerhed i hele Den Europæiske Union. En forordning er det mest hensigtsmæssige middel til dette formål.

2) I overensstemmelse med forordning nr. 2320/2002 og for at forhindre ulovlige handlinger, skal de i bilaget fastsatte forholdsregler til denne forordning være hemmelige og ikke offentliggøres.«

21. Det fremgår af artikel 1, at forordningen fastsætter de nødvendige foranstaltninger for gennemførelse og teknisk tilpasning af de grundlæggende fælles normer for luftfartssikkerhed, der skal indarbejdes i de nationale programmer for civil luftfartssikkerhed.

22. Artikel 3 indeholder bestemmelser om fortrolighed. Det anføres i bestemmelsen, at »[d]e i artikel 1 omtalte foranstaltninger findes i bilaget. Disse foranstaltninger er hemmelige og må ikke offentliggøres; [d]e er kun tilgængelige for personer, som bemyn-

diges dertil af en medlemsstat eller Kommissionen«.

23. Bortset fra forordning nr. 1477/2007<sup>8</sup> indeholder alle de efterfølgende forordninger, som ændrer bilaget til forordning nr. 622/2003, en artikel hvoraf fremgår, at »[b]ilaget til forordning (EF) nr. 622/2003 ændres som beskrevet i bilaget til nærværende forordning; [a]rtikel 3 i den nævnte forordning finder anvendelse for så vidt angår bilagets [9] fortrolige karakter«<sup>10</sup>.

24. Forordning nr. 68/2004<sup>11</sup>, som er den første forordning, der foreskriver ændringer

8 — Kommissionens forordning (EF) af 13.12.2007 (EUT L 329, s. 22).

9 — »Bilaget« til Kommissionens forordning (EF) af 15.1.2004 (EUT L 10, s. 14).

10 — Det anføres i sjette betragtning til forordning nr. 1477/2007: »Foranstaltningerne i denne forordning udgør ikke en del af de foranstaltninger, der ifølge artikel 8, stk. 1, i forordning (EF) nr. 2320/2002 er hemmelige og ikke offentliggøres.« Det fremgår endvidere af artikel 1, andet punktum, at artikel 3 i forordning nr. 622/2003 ikke finder anvendelse for så vidt angår bilagets fortrolige karakter. Bilaget til forordningen er behørigt offentliggjort og har følgende ordlyd: »Tillæg 3 affattes således: Tillæg 3[,] Republikken Singapore[,] Changi lufthavn.« Eftersom den resterende del af bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer) endnu ikke er offentliggjort på trods af Kommissionens forsikring herom under retsmødet, kan bemærkningen i bilaget til forordning nr. 1477/2007 bedst beskrives som et orakelsvar.

11 — Den forelæggende ret har anset denne forordning for den relevante forordning. Under retsmødet blev dette begrundet med, at de ændringer, som blev indført ved den efterfølgende ændringsforordning (Kommissionens forordning (EF) nr. 875/2005 af 6.6.2005 (EUT L 143, s. 9), den sidste ændring, som blev vedtaget inden den begivenhed, som danner grundlag for den præjudicielle forelæggelse, fandt sted), ændrede ikke listen over forbudte genstande i bilaget til forordning nr. 622/2003. I resten af dette forslag til afgørelse vil jeg henvise til »forordning nr. 622/2003 (med ændringer)« for at angive den version af forordning nr. 622/2003, som finder anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder. Da bilagene til alle de efterfølgende forordninger (ligesom det oprindelige bilag til forordning nr. 622/2003) ikke er offentliggjort, har jeg ikke kunnet undersøge, om listen over forbudte genstande er blevet ændret efter den version, der fremgår af bilaget til forordning nr. 68/2004.

af bilaget til forordning nr. 622/2003, indeholder følgende betragtninger:

»2) I overensstemmelse med forordning (EF) nr. 2320/2002 og for at forhindre ulovlige handlinger, skal de forholdsregler, der er fastsat i bilaget til forordning (EF) nr. 622/2003, være hemmelige og må ikke offentliggøres. Det samme gælder nødvendigvis for ændringsretsakter til sidstnævnte forordning<sup>12</sup>.

3) Der er dog behov for en harmoniseret liste, som er tilgængelig for offentligheden, og som én for én opregner de genstande, som det er forbudt passagerer at medbringe i security-beskyttede områder og i et flys kabine, og de genstande, som det er forbudt at medbringe i bagage, der skal anbringes i flyets lastrum.

4) Det erkendes, at en sådan liste aldrig kan være udtømmende. Den kompetente myndighed bør derfor have ret til at forbyde andre genstande end

dem, der er opført på listen. Passagererne bør både før og under check-in informeres tydeligt om, hvilke genstande det er forbudt at medbringe.«

25. På trods af tredje og fjerde betragtning indeholder den offentliggjorte tekst i forordning nr. 68/2004 ikke en liste, som er tilgængelig for offentligheden, over forbudte genstande.

26. De efterfølgende forordninger, som foreskriver ændringer af bilaget til forordning nr. 622/2003, indeholder ikke tilsvarende betragtninger, men med forordning nr. 1546/2006<sup>13</sup> samles begreberne i anden, tredje og fjerde betragtning til forordning nr. 68/2004 i én betragtning:

»3) I overensstemmelse med forordning (EF) nr. 2320/2002 og for at forhindre ulovlige handlinger bør de forholdsregler, der er fastsat i bilaget til forordning (EF) nr. 622/2003, være hemmelige og ikke offentliggøres. Det samme gælder nødvendigvis for ændringsretsakter til sidstnævnte forordning. Uanset dette bør passagerne informeres tydeligt om reglerne om genstande, som det er forbudt at medbringe i fly.«

12 — En lidt anderledes formulering, som dog går i samme retning, anvendes i tredje betragtning til Kommissionens forordning (EF) nr. 437/2007 af 20.4.2007 (EUT L 104, s. 16) og i sjette betragtning til Kommissionens forordning (EF) nr. 915/2007 (EUT L 200, s. 3): »I overensstemmelse med forordning (EF) nr. 2320/2002 er de foranstaltninger, der er fastsat i bilaget til forordning (EF) nr. 622/2003, hemmelige og må ikke offentliggøres. Det samme gælder nødvendigvis for ændringsretsakter til sidstnævnte forordning.«

13 — Kommissionens forordning (EF) af 4.10.2006 (EUT L 286, s. 6).

27. Til trods for denne betragtning indeholder den offentliggjorte tekst i forordning nr. 1546/2006 (ligesom de foregående forordninger) ikke en liste, som er tilgængelig for offentligheden, over forbudte genstande<sup>14</sup>.

3. Ved affattelsen af retsakter tages der hensyn til, hvilke personer retsakten skal finde anvendelse på, således at de pågældende klart kan forstå deres rettigheder og forpligtelser, samt til, hvem der får ansvaret for iværksættelsen af retsakten [...]

## Retningslinjer for formulering af tekster

[...]

28. Den 22. december 1998 indgik Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen en interinstitutionel overenskomst om fælles retningslinjer for EF-lovgivningens affattelse<sup>15</sup>. Retningslinjerne er ikke retligt bindende<sup>16</sup>. Blandt de generelle principper, som er indeholdt i retningslinjerne, er følgende:

10. Betragtningerne har til formål koncist at begrunde de væsentligste bestemmelser i den dispositive del [...] De må ikke indeholde normative bestemmelser [...] <sup>[17]</sup>.

»1. EF's retsakter affattes klart, enkelt og præcist.

[...]

22. Retsaktens tekniske elementer indarbejdes i bilag, som der henvises særskilt til i retsaktens dispositive del. Bilag må ikke indeholde nye rettigheder eller forpligtelser, som ikke er indeholdt i den dispositive del.«

14 — Det er henset til denne betragtning muligt, at listen over forbudte genstande er blevet ændret ved bilaget til forordning nr. 1546/2006. Jeg har ikke kunnet undersøge dette i nærværende sag.

15 — EFT 1999 C 73, s. 1, herefter »den interinstitutionelle aftale«.

16 — Jf. syvende betragtning.

17 — Jf. endvidere dom af 12.7.2005, forenede sager C-154/04 og C-155/04, Alliance for Natural Health, Šml. I, s. 6451, præmis 92, som henviser til den interinstitutionelle aftale.

## Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

29. Den 25. september 2005 indfandt Gottfried Heinrich sig ved sikkerhedskontrollen i Wien-Schwechat lufthavn efter at have indskrevet sig som passager. Det blev her konstateret, at han medbragte tennisketsjere i sin håndbagage. Idet der angiveligt var tale om forbudte genstande,<sup>18</sup> blev det ham nægtet at passere sikkerhedskontrollen. Han gik alligevel om bord i flyet med tennisketsjerne i håndbagagen<sup>19</sup>. Sikkerhedspersonalet påbød ham derefter at forlade flyet.

30. Gottfried Heinrich har anlagt sag ved den forelæggende ret, som har anført, at personer, som medbringer de forbudte genstande, der er nævnt i bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer), ikke får adgang til at passere sikkerhedskontrollen eller til at gå om bord i flyet, og at de ved overtrædelse af disse bestemmelser vil blive udsat for de i artikel 12 i forordning nr. 2320/2002 fastsatte sankti-

oner, der skal være »effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning«. Den forelæggende ret finder derfor, at bestemmelserne i bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer) ikke udelukkende vedrører statslige myndigheder, men også private, som skal indrette deres adfærd i overensstemmelse med forordningen. Dette er imidlertid ikke muligt, idet bilaget til forordning nr. 622/2003, som ændret ved forordning nr. 68/2004, ikke er blevet offentliggjort i EU-Tidende og derfor ikke er tilgængeligt for offentligheden.

31. Den forelæggende ret har anført, at den manglende offentliggørelse af forordningerne (eller dele heraf) i EU-Tidende i strid med kravet i artikel 254, stk. 1 og 2, EF udgør en så alvorlig tilsidesættelse af retsstatsprincippet, at forordningerne retligt set er nulliteter og dermed ikke bindende. Den forelæggende ret har henvist til artikel 42 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som fremhæver betydningen af aktindsigt i lovgivningsdokumenter.

18 — Tennisketsjere optræder ikke som forbudte genstande i det (offentliggjorte) tillæg A til bilaget til forordning nr. 2320/2002, selv om punkt iii), vi) og vii) kunne føre til den betragtning, at de kan bruges som våben og derfor muligvis bør være forbudte.

19 — Jeg udtaler mig ikke om, hvorvidt Gottfried Heinrich ved at boardet flyet, efter at han blev stoppet i sikkerhedskontrollen, har begået en særskilt (skærpende) handling, eller om denne omstændighed skal vurderes som en del af det overordnede spørgsmål om, hvorvidt han havde ret til at gå ud til flyet med sine tennisketsjere. Det tilkommer den forelæggende ret at tage stilling hertil.

32. Den forelæggende ret har endvidere anført, at forordningen om aktindsigt ikke kan påberåbes med henblik på at begrænse adgangen til retsakter, som er retligt bindende for private, og som bl.a. af denne grund skal offentliggøres i EU-Tidende.

33. Den forelæggende ret har derfor besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

Forenede Kongeriges regering og Europa-Parlamentet var til stede og afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 13. november 2007<sup>20</sup>.

»1) Skal der med dokumenter i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter, også forstås sådanne akter, der i henhold til artikel 254 EF kræver offentliggørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*?

## Formaliteten

36. Flere medlemsstater har af forskellige grunde, som delvist overlapper hinanden, anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse hverken helt eller delvist kan antages til realitetsbehandling.

2) Har forordninger eller dele af forordninger bindende virkning, når de i modstrid med bestemmelserne i artikel 254, stk. 2, EF ikke er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*?

34. Den tjekkiske, den finske, den franske, den tyske, den græske, den ungarske, den polske og den svenske regering samt Rådet og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

35. De procesdeltagere, som har indgivet skriftlige indlæg (bortset fra den franske, den tyske og den ungarske regering), og den østrigske og den danske regering samt Det

37. Den franske, den tyske og Det Forenede Kongeriges regering har fremhævet, at eftersom den forelæggende ret hverken har anført de omstændigheder, under hvilke Gottfried Heinrich har anlagt sagen, eller formålet med søgsmålet, er det ikke muligt at fastslå, om det er nødvendigt at besvare de forelagte spørgsmål for at afgøre sagen for den nationale ret. Den franske regering har endvidere anført, at det første spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, idet det falder uden for de nationale domstoles kompetence at anvende forordningen om aktindsigt, og at det andet spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, idet de østrigske myndigheder under alle omstændigheder havde kompetence til at forbyde, at bestemte genstande medbringes om bord på et luftfartøj. Den forelæggende ret har ikke stillet det eneste relevante spørgsmål, nemlig om de relevante nationale bestemmelser er

20 — Gottfried Heinrich var til stede under retsmødet, men han var ikke repræsenteret og afgav ikke indlæg.

forenelige med forordning nr. 2320/2002. Den tyske regering har anført, at det retlige grundlag for de omstridte foranstaltninger skal findes i østrigsk lovgivning og ikke i de forordninger, som den forelæggende ret har henvist til, og at den forelæggende ret ikke har redegjort for, på hvilken måde det kan påvirke gyldigheden af de relevante nationale bestemmelser, at forordningerne erklæres ugyldige.

38. Selv om den svenske regering ikke udtrykkeligt har bestridt, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, har den dog stillet spørgsmålstegn ved, om den manglende offentliggørelse af bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer) var umiddelbart relevant for Gottfried Heinrichs mulighed for at fastslå sine retlige forpligtelser. Det Forenede Kongeriges regering har også under retsmødet rejst spørgsmålet, om den manglende offentliggørelse af bilaget var relevant for udfaldet af sagen for den nationale domstol. Det Forenede Kongerige har anført, at Gottfried Heinrich havde mulighed for at få kendskab til de nødvendige oplysninger via internettet, navnlig via en pressemeddelelse fra Kommissionen<sup>21</sup>, og/eller via lufthavns og luftfartselskabets hjemmesider, og at en liste over forbudte genstande er tilgængelig på Austrian Airlines' hjemmeside<sup>22</sup>.

21 — Kommissionens pressemeddelelse IP/04/59 af 16.1.2004, som er tilgængelig online på <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/59&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>. Tenniskejsere optræder *ikke* på listen over forbudte genstande. Da indholdet af det ikke-offentliggjorte bilag ikke er tilgængeligt, er det imidlertid ikke muligt at fastslå, om den i pressemeddelelsen nævnte liste præcist gengiver listen over forbudte genstande i det nævnte bilag.

22 — Det fremgår imidlertid af sagsakterne fra den nationale domstol, at Gottfried Heinrich ikke fløj med Austrian Airlines.

39. Det er nødvendigt at undersøge disse argumenter.

40. Det følger af fast retspraksis, at den forelæggende ret skal give en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklare det faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål, for at gøre det muligt for Domstolen at foretage en fortolkning af fællesskabsretten, som kan hjælpe den forelæggende ret med at finde frem til en løsning<sup>23</sup>.

41. De oplysninger, som fremgår af forelæggelsesafgørelsen, skal endvidere give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 23 i statuten for Domstolen. Domstolen har gentagne gange fastslået, at det påhviler den at overvåge, at denne mulighed bevares, når henses til, at det i henhold til ovennævnte bestemmelse kun er selve forelæggelsesafgørelsen, der meddeles de pågældende parter<sup>24</sup>.

42. Det er korrekt, at det ikke af forelæggelsesafgørelsen udtrykkeligt fremgår, hvad Gottfried Heinrich ønsker at opnå med søgsmålet. Påstandens indhold er imidlertid

23 — Jf. dom af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis.

24 — Jf. Enirisorse-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.

ganske enkelt. Gottfried Heinrich har anført, at han ikke er blevet oplyst om, at det er forbudt at medtage tennisketsjere i håndbagagen, og at han udsætter sig for sanktioner (og boardingafvisning), hvis han forsøger at medbringe sådanne genstande om bord på flyet. Han har anført, at de sikkerhedsmedarbejdere, som gik om bord på flyet og pålagde ham at forlade flyet, derfor handlede ulovligt<sup>25</sup>.

43. Det fremgår af oplysningerne i hovedsagen, at de nationale myndigheder både i e-mailkorrespondancen med Gottfried Heinrich og for den forelæggende ret har henvist til fællesskabsretten i form af forordning nr. 2320/2002 og nr. 622/2003 (med ændringer) som grundlag for at klassificere tennisketsjere (i henhold til national lovgivning) som forbudte genstande<sup>26</sup>.

44. Gottfried Heinrich har således for den forelæggende ret gjort gældende, at bilaget til forordning nr. 622/2003 (som ændret ved forordning nr. 68/2004) ikke er offentliggjort.

45. Det fremgår af de skriftlige og mundtlige indlæg for Domstolen, at de i forelæggelsesafgørelsen indeholdte oplysninger har gjort det muligt for parterne at tage stilling til de spørgsmål, der er forelagt Domstolen<sup>27</sup>. Relevante uddrag af de supplerende oplysninger, som er indeholdt i den forelæggende rets sagsakter, er sammenfattet i retsmøderapporten, og parterne blev således gjort bekendt med disse oplysninger med henblik på retsmødet, hvor de om fornødent har kunnet fremsætte supplerende bemærkninger<sup>28</sup>.

46. Det er min opfattelse, at den forelæggende ret har opfyldt forpligtelsen om at give Domstolen tilstrækkeligt med oplysninger om tvistens faktiske omstændigheder og de regler, som det forelagte spørgsmål hænger sammen med, således at Domstolen kan give en fortolkning af de pågældende fællesskabsretlige bestemmelser i forhold til den i sagen omhandlede situation. Den præjudicielle anmodning bør derfor ikke afvises på dette grundlag<sup>29</sup>.

47. Det er, hvad angår de præjudicielle spørgsmåls relevans, fast retspraksis, at inden for rammerne af det middel til samarbejde, som proceduren efter artikel 234 EF udgør, tilkommer det udelukkende den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i

25 — Gottfried Heinrich har hverken afgivet skriftligt eller mundtligt indlæg. De omstændigheder, som han henviser til i sit skriftlige indlæg i sagen for den nationale ret (som er indeholdt i den nationale rets sagsakter, der er indleveret til Justitskontoret), synes imidlertid, såfremt den nationale ret finder disse godtgjort, at vidne om en betydelig mangel på retssikkerhed.

26 — Der er ikke forelagt spørgsmål om fortolkningen eller gyldigheden af forordning nr. 2320/2002.

27 — Dom af 21.9.2000, sag C-109/99, ABBOI, Sml. I, s. 7247, præmis 44.

28 — Jf. tillige ABBOI-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis.

29 — Jf. hertil igen ABBOI-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 46 og 47.

den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse<sup>30</sup>. Der foreligger derfor en formodning for, at spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten er relevante<sup>31</sup>.

48. Det er korrekt, at Domstolen i særlige tilfælde med henblik på at efterprøve sin egen kompetence gør brug af sin beføjelse til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen. Domstolen kan dog kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål<sup>32</sup>.

49. Det første spørgsmål opstår, fordi den forelæggende ret har fundet, at den

manglende offentliggørelse af bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er baseret på artikel 8 i forordning nr. 2320/2002, hvoraf fremgår, at visse kategorier af luftfartssikkerhedsforanstaltninger ikke skal offentliggøres, uanset retten til aktindsigt i henhold til forordningen om aktindsigt. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om forordningen om aktindsigt kan påberåbes som begrundelse for ikke at offentliggøre dokumenter, som traktaten udtrykkeligt bestemmer skal offentliggøres. Den forelæggende ret ønsker derfor vejledning i forbindelse med fortolkning af forordningen om aktindsigt med henblik på at træffe afgørelse i den sag, der er indbragt for den.

50. Det andet spørgsmål vidner om den forelæggende rets tvivl med hensyn til den bindende virkning af fællesskabsbestemmelser, som ikke er offentliggjort, men som efter den forelæggende rets opfattelse alligevel pålægger individet forpligtelser. Jeg mener, at det henset til udtrykket »bindende virkning« skal undersøges, om forordning nr. 622/2003 pålægger individet forpligtelser, og om forordningen er gyldig eller retligt eksisterende. I overensstemmelse med de krav, som opstilles i dommen i sagen Foto-Frost<sup>33</sup>, har den nationale ret besluttet at forelægge Domstolen det andet spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse.

30 — Jf. bl.a. dom af 18.7.2007, sag C-119/05, Lucchini, Sml. I, s. 6199, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis, og af 15.11.2007, sag C-162/06, International Mail Spain, Sml. I, s. 9911, præmis 23.

31 — Jf. bl.a. dom af 7.9.1999, sag C-355/97, Beck og Bergdorf, Sml. I, s. 4977, præmis 22-24, af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla, Sml. I, s. 11421, præmis 25, og af 8.11.2007, sag C-379/05, Amurta, Sml. I, s. 9569, præmis 64.

32 — Jf. Amurta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis.

33 — Dom af 22.10.1987, sag 314/85, Sml. s. 4199, præmis 17-20, som fastslår princippet om, at det kun er Domstolen, der kan erklære en fællesskabsretsakt for ugyldig.

51. Domstolen har ikke fået forelagt det ikke-offentliggjorte bilag til forordning nr. 622/2003 (med ændringer). Det har den nationale ret heller ikke, så vidt jeg kan konstatere. Disse domstole har derfor ikke mulighed for at afgøre, om tennisketsjere optræder på den liste over forbudte genstande, som er indeholdt i bilaget, eller om der er andre bemyndigelses- eller ufravigelige bestemmelser i bilaget, som kan have indflydelse på løsningen af den foreliggende sag<sup>34</sup>. De nævnte domstole kan derfor ikke med sikkerhed fastslå, om forordning nr. 622/2003 (med ændringer) i sit bilag pålægger private forpligtelser og i givet fald, hvad det præcise indhold heraf måtte være.

52. Som jeg har anført, er hovedproblemet i sagen imidlertid, at de nationale myndigheder for den nationale ret synes at påberåbe sig ikke-offentliggjorte fællesskabsbestemmelser, som angiveligt er ugyldige eller nulliteter, netop *fordi* de ikke er offentliggjort. Domstolen kan tage stilling til, om manglende offentliggørelse har sådanne retlige konsekvenser, uden at undersøge bilagets indhold. Såfremt Domstolen fastslår, at fællesskabsbestemmelserne er ugyldige eller nulliteter, vil den nationale ret ligeledes være fritaget for at undersøge bilagets indhold.

34 — Den omstændighed, at Kommissionen har offentliggjort en pressemeddelelse (jf. ovenfor, fodnote 21), som indeholder en liste over forbudte genstande (hvorpå tennisketsjere ikke optræder), er interessant, men ikke relevant i denne henseende. Domstolen har for nylig i dom af 11.12.2007, sag C-161/06, Skoma-Lux, Sml. I, s. 10841, præmis 47-50, udtrykkelig fastslået, at »offentliggørelse« af en forordning på EUR-Lex-hjemmesiden ikke opfylder kravene i artikel 254 EF (jf. endvidere nedenfor, punkt 88 og 89). Offentliggørelse i form af en pressemeddelelse på et begrænset antal af Unionens officielle sprog (engelsk, fransk og tysk) kan derfor ikke som udgangspunkt anses for at være tilstrækkelig eller for at overholde retssikkerheden.

53. Det følger heraf, at de præjudicielle spørgsmål bør antages til realitetsbehandling.

## Realiteten

### *Indledende bemærkninger*

54. EF-traktaten fastsætter bestemmelser for offentliggørelse og/eller meddelelse om foranstaltninger, som har til formål at medføre retsvirkninger, og for retten til aktindsigt i fællesskabsinstitutionernes dokumenter. Traktaten omhandler disse separate spørgsmål i to sammenhængende bestemmelser, som supplerer hinanden.

55. Artikel 254 EF foreskriver regler, som skal sikre, at Fællesskabets retsakter bekendtgøres over for de personer, de berører, og at der i et passende omfang gives obligatorisk meddelelse — enten i form af offentliggørelse i EU-Tidende eller meddelelse — om bindende retsakter. De retsakter, der er opregnet i artikel 254, stk. 1 og 2, EF, skal offentliggøres i EU-Tidende, således at den største mulige del af offentligheden kan gøre sig bekendt med indholdet deraf. De retsakter, som er af mindre betydning for offentligheden, og som er opregnet i artikel 254, stk. 3, EF — dvs. andre direktiver end de direktiver, der er rettet

til alle medlemsstaterne, og beslutninger — skal meddeles dem, de er rettet til, men de gøres ikke automatisk offentligt tilgængelige ved offentliggørelse i EU-Tidende.

56. Hvis det findes ønskværdigt af hensyn til gennemsigtigheden og åbenheden i administrationen at gøre nogle af de kategorier af dokumenter, som *ikke* er omfattet af kravet om offentliggørelse i henhold til artikel 254, stk. 1 og 2, offentligt tilgængelige, er det nødvendigt at vedtage andre (supplerende) midler.

57. Dette følger klart af artikel 255 EF. Denne bestemmelse indeholder princippet om, at »[a]lle unionsborgere og alle fysiske og juridiske personer, der har bopæl eller hjemsted i en medlemsstat, har ret til aktindsigt i dokumenter fra Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen«, og tillægger Rådet og de øvrige institutioner den nødvendige kompetence til hver især at fastlægge de generelle principper og særlige bestemmelser, som skal gælde for adgangen til aktindsigt.

58. Forordningen om aktindsigt indeholder de »[g]enerelle principper for og begrænsninger i denne aktindsigt af hensyn til offentlige eller private interesser«<sup>35</sup>. Forord-

ningen er dermed udtrykkeligt baseret på artikel 255 EF<sup>36</sup>, og den følger den strukturelle opbygning af traktatbestemmelsen. Først fastslås således forordningens formål, som er at sikre »den videst mulige aktindsigt i dokumenter«, at fastsætte bestemmelser med henblik på »at lette udøvelsen af denne ret mest muligt« og »at fremme god forvaltnings-skik med hensyn til aktindsigt«<sup>37</sup>. Det kan alene betyde, at der skal gives adgang til dokumenter, som ellers *ikke* ville være offentligt tilgængelige. Det er ikke nødvendigt at vedtage afledte bestemmelser i medfør af artikel 255 EF for at få »aktindsigt« i et dokument, som skal offentliggøres i EU-Tidende, jf. artikel 254, stk. 1 og 2, EF<sup>38</sup>.

59. Pligten til at offentliggøre forordninger følger således direkte af artikel 254, stk. 1 og 2, EF. Dette gælder uanset om forordningens tekst (sædvanligvis i papir- eller elektronisk form)<sup>39</sup> kan anses for et »dokument« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningen om aktindsigt.

60. Det synes derfor passende at behandle de forelagte spørgsmål i omvendt rækkefølge.

36 — Jf. fjerde betragtning og artikel 1, litra a), hvad angår bestemmelsens retsgrundlag.

37 — Jf. henholdsvis artikel 1, litra a), b) og c).

38 — Jf. Rettens kendelse af 27.10.1999, sag T-106/99, Meyer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3273: »Afgørelse 94/90, [som gik forud for forordningen om aktindsigt], har ikke til formål at give offentligheden adgang til dokumenter, der som følge af deres offentliggørelse i EF-Tidende allerede er offentligt tilgængelige, gennem indførelsen af en ret til aktindsigt, som kan gøres gældende over for Kommissionen.« (præmis 39).

39 — Om det utilstrækkelige i at foretage offentliggørelse i elektronisk form, jf. Skoma-Lux-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 47-50.

35 — Artikel 255, stk. 2, EF.

*Det andet spørgsmål*

offentliggøre forordninger i medfør af nævnte bestemmelse er utvetydig og uden undtagelse.

61. Den forelæggende ret ønsker med det andet spørgsmål oplyst, om forordninger eller dele deraf har bindende virkning, såfremt de i strid med kravet i artikel 254, stk. 2, EF ikke offentliggøres i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Hvad udgør behørig offentliggørelse af en forordning?

62. Ordlyden af artikel 254, stk. 1 og 2, EF er utvetydig:

»1. Forordninger [...] offentliggøres i [EU-Tidende] [...]

2. Rådets og Kommissionens forordninger [...] offentliggøres i [EU-Tidende]«

63. Det følger af traktaten og af mine indledende bemærkninger, at pligten til at

64. Et bilag er en integrerende del af en retsakt. Hvis det modsatte var tilfældet, ville ophavsmanden til bilaget kunne omgå kravet i artikel 254 EF ved blot at placere materielle bestemmelser i et ikke-offentliggjort bilag. Det er netop, hvad Kommissionen har gjort i det foreliggende tilfælde. De offentliggjorte bestemmelser i forordning nr. 622/2003 udgør alene formelle bestemmelser<sup>40</sup>. Læseren har ikke mulighed for at fastslå forordningens virkninger uden at læse indholdet af bilaget, idet bilaget udgør forordningens materielle indhold<sup>41</sup>.

65. Forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er bemærkelsesværdig kortfattet hvad angår begrundelsen for at vælge forordningsformen og samtidig indføre materielle

40 — Bestemmelserne nævner i rækkefølge forordningens formål (artikel 1), to definitioner (artikel 2), en krydshenvisning til bilaget med krav om hemmeligholdelse (artikel 3), en bemyndigelsesbestemmelse om nye tekniske metoder og processer (artikel 3a), et meddelelseskrav vedrørende de situationer, hvor medlemsstater i henhold til artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 2320/2002 anvender nationale sikkerhedsforanstaltninger i mindre lufthavne i stedet for foranstaltningerne i forordningen (artikel 4), et tilsvarende meddelelseskrav i situationer, hvor kompenserende foranstaltninger vedtages, fordi screenede passagerer og ankomende passagerer ikke kan adskilles fysisk (artikel 5), og en standardbestemmelse, som angiver ikrafttrædelsestidspunktet, samt at forordningen har direkte virkning (artikel 6).

41 — Dvs. de »nødvendige foranstaltninger for gennemførelse og teknisk tilpasning af de grundlæggende fælles normer for luftfartssikkerhed, der skal indarbejdes i de nationale programmer for civil luftfartssikkerhed«, jf. artikel 1, som artikel 3 henviser til. Den anvendte teknik synes at være i strid med punkt 22 i den interinstitutionelle aftale, hvorefter et bilag ikke må indeholde nye rettigheder eller forpligtelser, som ikke er indeholdt i den dispositive del.

bestemmelser i det ikke-offentliggjorte bilag og ikke i den dispositive del. Det fremgår ene og alene af forordningens betragtninger, at »[e]n forordning er det mest hensigtsmæssige middel«<sup>42</sup> for Kommissionens vedtagelse af foranstaltninger til gennemførelse af grundlæggende fælles normer for luftfartssikkerhed i hele Den Europæiske Union, uden at der gives en begrundelse herfor. Begrundelsen for at placere alle materielle bestemmelser i et ikke-offentliggjort bilag er tilsvarende kortfattet. Det anføres, at dette er »i overensstemmelse med forordning nr. 2320/2002 og for at forhindre ulovlige handlinger«<sup>43</sup>. Det er vanskeligt at forene disse argumenter med den interinstitutionelle aftale<sup>44</sup>. Når det er sagt, ville en mere udførlig begrundelse efter min opfattelse ikke have været tilstrækkelig til at fritage forordningen fra kravet om fuld offentliggørelse i EU-Tidende.

Kommissionen var af den opfattelse, at artikel 8 i forordning nr. 2320/2002 indebar, at Kommissionen skulle hemmeligholde listen over forbudte genstande, ville offentliggørelsen af pressemeddelelsen<sup>45</sup> udgøre en klar tilsidesættelse af denne bestemmelse. Hvis Kommissionen derimod mente, at listen over forbudte genstande faldt uden for artikel 8, burde den have offentliggjort listen i EU-Tidende. De generelle »retningslinjer« for, hvilke genstande der skal forbydes, fremgår faktisk af det (offentliggjorte) tillæg til det (offentliggjorte) bilag til forordning nr. 2320/2002. Det er derfor vanskeligt at afdække den logik, som ligger bag valget om *ikke* at offentliggøre, hvad der (angiveligt) er en detaljeret version af listen. Endelig er det selvmodsigende at anføre i betragtningerne til forordning nr. 68/2004 (hvilket efter min opfattelse er fuldt ud korrekt), at »[d]er er [...] behov for en harmoniseret liste, som er tilgængelig for offentligheden [...]«<sup>46</sup>, når en sådan liste derefter ikke gøres offentligt tilgængelig.

66. Som Europa-Parlamentet anførte under retsmødet, fører Kommissionens argumentation til et fuldstændigt absurd resultat. Hvis

67. At offentliggøre den formelle ramme uden det materielle indhold er således mangelfuld og utilstrækkelig offentliggørelse, som ikke opfylder kravene i artikel 254, stk. 2, EF.

42 — Første betragtning.

43 — Anden betragtning.

44 — Jf. den interinstitutionelle aftale, retningslinjer 1, 3 og 22. Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed i sagen Alliance for Natural Health, nævnt ovenfor i fodnote 17, punkt 88, vedrørende aftalens betydning. Den mere detaljerede »Fælles praktisk vejledning for Europa-Parlamentet, Rådet og Kommissionen til alle, der arbejder med affattelse af lovtekster i EU's institutioner« (den »fælles praktisk vejledning« findes på <http://eur-lex.europa.eu/da/techleg/1.htm> ff.) fremhæver ligeledes betydningen af at give klare og hensigtsmæssige begrundelser, navnlig når det drejer sig om repressive foranstaltninger, jf. retningslinjerne 10 (i særdeleshed 10.14), 18 og 22.

45 — Jf. ovenfor, fodnote 21.

46 — Tredje betragtning til forordning nr. 68/2004. Det anføres i fjerde betragtning, at »en sådan liste aldrig kan være udtømmende«, og at »[d]en kompetente myndighed [derfor] bør [...] have ret til at forbyde andre genstande end dem, der er opført på listen«, hvorefter det bemærkes, at »[p]assagererne både før og under check-in [bør] informeres tydeligt om, hvilke genstande det er forbudt at medbringe«.

Den retlige virkning af manglende offentliggørelse af en forordning

— Umuligheden af at håndhæve ikke-offentliggjorte foranstaltninger over for private

68. Såfremt Domstolen i modsætning til mit forslag<sup>47</sup> beslutter ikke at tage stilling til forordningens gyldighed, bør den erindre sin faste praksis om, at fællesskabsretsakter, som ikke er offentliggjort, ikke kan pålægge offentligheden forpligtelser.

69. Domstolen har fastslået, at »dette retssikkerhedsprincip særligt [kræver], at fællesskabslovgivningen giver de berørte mulighed for at få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der herved pålægges dem«<sup>48</sup>, og at »[b]orgerne [...] nemlig ikke [skal] være i tvivl om deres rettigheder og pligter og skal kunne handle derefter«<sup>49</sup>.

70. Hverken Domstolen eller den forelæggende ret har fået forelagt det hemmelige

bilag. Ingen af domstolene kan derfor med sikkerhed fastslå om, og i givet fald hvordan og i hvilket omfang forordning nr. 622/2003 (med ændringer) har berørt Gottfried Heinrich. Domstolene ved blot, at de nationale myndigheder har henvist til forordning nr. 622/2003 (og forordning nr. 2320/2002) som begrundelse for at nægte Gottfried Heinrich at gå om bord på flyet.

71. Såfremt Domstolen beslutter kun at træffe afgørelse om, hvorvidt forordning nr. 622/2003 (med ændringer) pålægger private forpligtelser, er det min opfattelse, at Domstolen alene generelt bør fastslå, at det hemmelige bilag ikke må indeholde eller give anledning til, at private pålægges nogen som helst forpligtelser.

72. Jeg skal kort fremhæve de muligheder, Domstolen har, hvis den beslutter at gå videre end blot at foretage en sådan generel konstatering og undersøge, om bilaget til forordning nr. 622/2003 faktisk har til formål at pålægge private forpligtelser.

73. Jeg er af den overbevisning, at der er tre forskellige muligheder hvad angår retsgrundlaget for de foranstaltninger, som blev iværksat over for Gottfried Heinrich:

47 — Jf. nedenfor, punkt 78-110.

48 — Jf. dom af 1.10.1998, sag C-209/96, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. I, s. 5655, præmis 35, af 20.5.2003, sag C-108/01, Consorzio del Prosciutto di Parma og Salumificio S. Rita, Sml. I, s. 5121, præmis 89, af 21.2.2003, sag C-255/02, Halifax m.fl., Sml. I, s. 1609, præmis 72, og af 21.6.2007, sag C-158/06, ROM-projecten, Sml. I, s. 5103, præmis 25.

49 — Jf. dom af 13.2.1996, sag C-143/93, van Es Douane Agenten, Sml. I, s. 431, præmis 27, og af 26.10.2006, sag C-248/04, Koninklijke Coöperatie Cosun, Sml. I, s. 10211, præmis 79. Jf. endvidere dom af 25.9.1979, sag 98/78, Racke, Sml. s. 69, præmis 15, og dommen i sagen ROM-projecten, nævnt ovenfor i fodnote 48, præmis 25.

- a) Foranstaltningerne er baseret på suveræne nationale beføjelser eller på forordning nr. 2320/2002, hvis artikel 6 giver medlemsstaterne et betydelig frit råderum. Hvis dette er tilfældet, er forordning nr. 622/2003 (med ændringer) ikke relevant i forhold til hovedsagen.
- b) Foranstaltningerne er baseret på nationale beføjelser, som er afledt af og/eller afgrænset af bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer), og uden hvilken de ikke ville være gyldige. Forbuddet mod at medbringe tennisketsjere om bord på et luftfartøj afhænger således af forordning nr. 622/2003 (med ændringer).
- c) Foranstaltningerne udgør den direkte anvendelse af bilagets bestemmelser. Virkningerne af forbuddet mod tennisketsjere vil være det samme som under b).
75. Forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er en gennemførelsesforordning, som er vedtaget af Kommissionen på grundlag af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 2320/2002 i overensstemmelse med den i forordningens artikel 9, stk. 2, nævnte procedure. Forordningen skal (angiveligt) sammenholdes med artikel 4, stk. 1, i bilaget til — og i tillægget til bilaget til — forordningen. Ifølge bilagets punkt 4 skal passagerer, som medbringer forbudte genstande, fratages sådanne genstande eller nægtes adgang til det security-beskyttede område eller luftfartøjet. Tillægget indeholder retningslinjer for, hvad der skal anses for forbudte genstande. Det forekommer sandsynligt, at selve listen over forbudte genstande, sammen med mere detaljerede overvejelser om, hvad der også skal anses for forbudte genstande (og hvorfor), og eventuelle udtrykkelige eller stiltiende tilladelser til at indføre yderligere foranstaltninger på fællesskabsplan, alle kan findes i bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer). Artikel 12 i forordning nr. 2320/2002 kræver, at medlemsstaterne skal sikre, at sanktioner for overtrædelse af bestemmelserne i forordningen skal være »effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning«.
74. Domstolen kan ikke uden at have læst det ikke-offentliggjorte bilag til forordning nr. 622/2003 (med ændringer) nå til et klart resultat om, hvilken af de tre muligheder der er den korrekte.
76. På denne baggrund mener jeg, at det forekommer umiddelbart sandsynligt, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer) pålægger private forpligtelser. Dette er imidlertid ren spekulation. Forholdet kan kun afklares ved at læse indholdet af bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer).

77. Jeg mener derfor ikke, at Domstolen — uden at anmode om at se bilaget og genoptage den mundtlige forhandling — kan tage stilling til spørgsmålet, om bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer) pålægger private forpligtelser. Jeg mener ikke, at Domstolen bør fremsætte en sådan anmodning.

genstand nødvendiggør en fortolkning eller bedømmelse af gyldigheden»<sup>52</sup>.

— Gyldigheden af forordning nr. 622/2003 (med ændringer)

78. Det andet spørgsmål rejser ikke udtrykkeligt problemet om gyldighed. Det fremgår imidlertid klart af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret nærer alvorlig tvivl hvad angår den bindende virkning af forordning nr. 622/2003 (med ændringer), og at denne tvivl har givet anledning til den præjudicielle forelæggelse<sup>50</sup>.

80. Jeg vil derfor undersøge spørgsmålet om, hvorledes manglende offentliggørelse af en forordning kan påvirke forordningens gyldighed.

81. I dommen i sagen Opel Austria<sup>53</sup> fandt Retten, at der var sket en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet, idet det nummer af EF-Tidende, hvori den omstridte forordning var blevet offentliggjort, bevidst var blevet foruddateret med den virkning, at forordningen trådte i kraft før offentliggørelsen<sup>54</sup>. Følgelig blev forordningen annulleret.

79. Domstolen kan under disse omstændigheder tage stilling til gyldigheden af den omhandlede fællesskabsforanstaltning<sup>51</sup>. Mens det tilkommer de nationale retter at afgøre, hvilke spørgsmål de finder relevante at forelægge, tilkommer det Domstolen »af alle de elementer, der er fremlagt af den nationale ret, [at] udlede de fællesskabsretlige elementer, som under hensyn til sagens

82. Domstolen har ved adskillige lejligheder fundet, at retssikkerhedsprincippet i almindelighed forbyder, at en fællesskabsretsakt gives gyldighed fra et tidspunkt, der ligger før aktens offentliggørelse, og at dette rent

50 — Jf. ovenfor, punkt 31 og 50.

51 — Jf. dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml. 1965-1968, s. 131, org.ref.: Rec. s. 1081, af 3.2.1977, sag 62/76, Strehl, Sml. s. 211, og af 15.10.1980, sag 145/79, Roquette Frères mod Frankrig, Sml. s. 2917, præmis 6 og 7.

52 — Dommen i sagen Roquette Frères mod Frankrig, præmis 7.

53 — Dom af 22.1.1997, sag T-115/94, Opel Austria mod Rådet, Sml. II, s. 39.

54 — Præmis 127-133. Jf. endvidere præmis 124 vedrørende retssikkerhedsprincippet, som bl.a. kræver, at regler, der indebærer negative virkninger for borgerne, skal være klare og præcise, og at borgerne skal kunne forudse anvendelsen heraf (jf. endvidere i denne retning dom af 16.9.1987, sag 325/85, Irland mod Kommissionen, Sml. s. 5041, dommen i sagen Van Es Douane Agenten, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 27, af 15.2.1996, sag C-63/93, Duff m.fl., Sml. I, s. 569, præmis 20, og af 7.6.2005, sag C-17/03, VEMW m.fl., Sml. I, s. 4983, præmis 80).

»undtagelsesvist« kan tillades, når det tilstræbte formål fordrer det, og når de berørtes berettigede forventning respekteres behørigt<sup>55</sup>. Der er derfor begrænsede holdpunkter for at antage, at Fællesskabets retlige instrumenter kan have retsvirkninger på et tidspunkt, hvor de ikke er offentliggjort<sup>56</sup>.

83. Disse sager vedrørte for sen offentliggørelse<sup>57</sup>. I nærværende sag har det aldrig været hensigten, at bilaget skulle offentliggøres. Rettens resultat i Opel Austria-dommen synes derfor umiddelbart at kunne anvendes. Dertil kommer, at for at Domstolen kan anerkende tilbagevirkende gyldighed, skal to betingelser være opfyldt: Det skal være nødvendigt af hensyn til det formål, som skal nås, og de berørtes berettigede forventninger skal respekteres behørigt<sup>58</sup>. Jeg har vanskeligt ved at se, hvordan disse betingelser kan være opfyldt i det foreliggende tilfælde.

84. Domstolens dom i Sevince-sagen<sup>59</sup> opstiller ingen relevante retningslinjer, der kan anvendes i den foreliggende sag. Domstolen fandt i den sag, at den manglende offentliggørelse af afgørelse nr. 2/76 og nr. 1/80 fra Associeringsrådet EØF-Tyrkiet ikke var til hinder for, at afgørelserne har direkte virkning, som en borger kan påberåbe sig<sup>60</sup>. Hverken artikel 254 EF eller Associeringsaftalen EØF-Tyrkiet<sup>61</sup> indeholder imidlertid en forpligtelse til at offentliggøre sådanne retsakter<sup>62</sup>.

85. Retspraksis vedrørende forpligtelsen til at meddele (individuelle) beslutninger til dem, de er rettet til, jf. artikel 254, stk. 3, EF, kan imidlertid bidrage med retningslinjer, idet meddelelseskravet kan anses for sidestykket til offentliggørelseskravet i artikel 254, stk. 1 og 2, EF. Formålet med begge krav er at give de parter, som er berørt af retsreglerne, meddelelse om reglerne indhold.

- 55 — Jf. bl.a. dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 45, af 2.10.1997, sag C-259/95, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5303, præmis 21, og af 28.11.2006, sag C-413/04, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 11221, præmis 75.
- 56 — Jf. Racke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 20, og dom af 25.1.1979, sag 99/78, Decker, Sml. s. 101, præmis 8 (begge sager vedrører monetære udligningsbeløb inden for vinsektoren), og af 21.2.1991, forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik, Sml. I, s. 415, præmis 52 (om afgift, som pålægges sukkerproducenter vedrørende et tidligere produktionsår). Jf. endvidere isoglucose-sagerne: dom af 30.9.1982, sag 108/81, Amylum mod Rådet, Sml. s. 3107, af 30.9.1982, sag 110/81, Roquette Frères mod Rådet, Sml. s. 3159, og af 30.9.1982, sag 114/81, Tunnel Refineries mod Rådet, Sml. s. 3189.
- 57 — Jf. dom af 29.5.1974, sag 185/73, Hauptzollamt Bielefeld mod König, Sml. s. 607, hvori Domstolen fastslog, at for sen offentliggørelse havde indflydelse på tidspunktet for, hvornår forordningen kunne anvendes og træde i kraft, men ikke på forordningens gyldighed som sådan (præmis 6).
- 58 — Jf. analogt generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i sag C-376/02, Goed Wonen, der gav anledning til dom af 26.4.2005, Sml. I, s. 3445, punkt 31 og 35, der parafraserer de domme, som er nævnt ovenfor i fodnote 55.

59 — Jf. dom af 20.9.1990, sag C-192/89, Sml. I, s. 3461.

60 — Domstolen sondrede nøje mellem virkningerne for medlemsstaten og virkningerne for borgeren og anførte, at »[d]en manglende offentliggørelse af afgørelserne ganske vist [udelukker], at privatpersoner pålægges forpligtelser, men ikke [er] til hinder for, at privatpersoner over for en offentlig myndighed kan påberåbe sig de rettigheder, som de tillægges ifølge afgørelserne« (præmis 24).

61 — Samling af Aftaler indgået af De Europæiske Fællesskaber, bind 3, s. 541.

62 — Jf. dom af 23.11.1999, sag C-149/96, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 8395. I den sag var den omstridte afgørelse (Rådets afgørelse 96/386/EF af 26.2.1996 om indgåelsen af aftalememoranda mellem Det Europæiske Fællesskab og Republikken Indien og mellem Det Europæiske Fællesskab og Den Islamiske Republik Pakistan om arrangementer for markedsadgang for tekstilvarer (EFT L 153, s. 47) en afgørelse uden en bestemt adressat. Afgørelsen faldt derfor ikke ind under den kategori af retsakter, som skal offentliggøres i medfør af artikel 254 EF (i modsætning til, hvad der vil gælde efter artikel 297 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, hvis Lissabontraktaten træder i kraft). Der var imidlertid tale om en retsakt, som åbenbart burde offentliggøres. På den baggrund var det med rette, at Domstolen fandt, at »for sen offentliggørelse af en fællesskabsretsakt i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* er uden betydning for retsaktens gyldighed« (præmis 54).

86. Domstolen fastslog i dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, at »[fuldstændig] manglende meddelelse [...] [ikke] kan medføre, at beslutningen enten stemples som en nullitet eller annulleres«. Domstolen bemærkede, at fællesskabsretten »ikke kender noget midtertilfælde mellem fastslåelsen af, at en retsakt er en nullitet, og en underkendelse af den i form af annulation«, og at »[d]et [...] ikke mod denne konklusion [kan] indvendes, at beslutninger i medfør af [artikel 254, stk. 3, EF] får virkning fra deres meddelelse, og at beslutningen, da den ikke er blevet meddelt, er ganske uden retsvirkning. Da der er tale om meddelelse af en retsakt — ligesom enhver anden væsentlig formforskrift — gælder det, at mangelen enten er så grov og åbenbar, at den anfægtede retsakt må være en nullitet, eller mangelen udgør en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, der kan medføre dens annulation«<sup>63</sup>.

87. I dommen i sagen Spanien mod Kommissionen<sup>64</sup> fandt Domstolen, at den omstændighed, at der ikke er foretaget meddelelse, i visse tilfælde kan begrunde annulation af en retsakt fra en fællesskabsinstitution<sup>65</sup>. Domstolen behandlede dermed den omstændighed, at der ikke er givet meddelelse, som en grundlæggende fejl, der påvirker retsaktens gyldighed, og ikke blot som en hindring for en retsakt, der er trådt i kraft<sup>66</sup>. Rationalet bag denne argumentation synes umiddelbart at kunne overføres på den manglende offentliggørelse af en forordning.

88. Domstolen tog for nylig i Skoma-Lux-dommen<sup>67</sup> stilling til de retlige virkninger af, at den fællesskabsforordning, som Skoma-Lux angiveligt havde tilsidesat, ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var blevet offentliggjort på tjekkisk i EU-Tidende. Domstolen fastslog utvetydigt<sup>68</sup>, at »[d]et fremgår af selve ordlyden af artikel 254, stk. 2, EF, at en forordning kun har retsvirkninger, såfremt den er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*«. Isoleret set kan denne konstatering føre til den antagelse, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer), som ikke blev offentliggjort i sin helhed, på ingen måde kunne afføde retsvirkninger. I dommen i sagen Skoma-Lux undlod Domstolen nøje at nå til et sådant resultat. Den vurderede nemlig for det første, om den omhandlede forordning kunne håndhæves over for borgerne (og nåede frem til, at forordningen ikke kunne håndhæves)<sup>69</sup>, og for det andet om forordningen alligevel var bindende for medlemsstaten fra tidspunktet for medlemsstatens tiltrædelse (hvilket Domstolen fandt var tilfældet)<sup>70</sup>, og endelig vurderede den for det tredje virkningerne heraf, bl.a. om de nationale beslutninger, som var truffet i henhold til forordningen, og som var endelige i medfør af nationale bestemmelser, skulle ændres (hvilket Domstolen besvarende benægtende med undtagelse af »administrative foranstaltninger eller retsafgørelser, navnlig repressive, som krænker grundlæggende rettigheder«)<sup>71</sup>.

63 — Dom af 8.7.1999, sag C-227/92 P, Sml. I, s. 4443, præmis 68, 71 og 72.

64 — Dom af 18.6.2002, sag C-398/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 5643.

65 — Jf. præmis 33. Jf. endvidere dom af 2.7.2002, sag T-323/00, SAT.1 mod KHIM (SAT.2), Sml. II, s. 2839, præmis 12, hvor Retten fandt, at der ikke var sket tilsidesættelse.

66 — Jf. dom af 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 39 og 40. Jf. også dom af 28.5.1998, forenede sager T-78/96 og T-170/96, W mod Kommissionen, Sml. Pers. I-A, s. 239, og II, s. 745, præmis 183.

67 — Nævnt ovenfor i fodnote 34.

68 — I præmis 33.

69 — Jf. præmis 32-51 og 60.

70 — Jf. præmis 57-59.

71 — Jf. præmis 67-73. Domstolen overlod det til de kompetente nationale myndigheder at fastslå, om denne forudsætning gjorde sig gældende i de konkrete tilfælde.

89. Domstolens nuancerede fremgangsmåde i Skoma-Lux-dommen blev begrundet med, at sagen ikke omhandlede manglende offentliggørelse af en forordning på alle sprog, men snarere, at en forordning ikke var rettidigt offentliggjort på vedkommende tiltrædelsesstats officielle sprog. Det syntes derfor passende at sondre mellem virkningerne for medlemsstaterne og for privatpersoner. Privatpersoner skal kunne fastslå deres rettigheder og forpligtelser på (et af) de officielle sprog i den medlemsstat, hvori de er statsborgere, hvilket sandsynligvis vil være deres modersmål. Medlemsstaten var imidlertid allerede bekendt med og havde udtrykkeligt accepteret gældende fællesskabsret. Det var derfor rimeligt, at den var bundet af forordningen, som udgjorde en del af (den offentliggjorte) gældende fællesskabsret.

90. I det foreliggende tilfælde er bilagets indhold ikke på noget tidspunkt blevet offentliggjort. Den manglende offentliggørelse var i øvrigt hverken tilfældig eller utilsigtet<sup>72</sup>. Kommissionen valgte bevidst at vedtage en række nye retsakter (forordning nr. 622/2003 og de heraf afledte retsakter, herunder bl.a. forordning nr. 68/2004), som derefter kun delvist blev offentliggjort, idet bilaget (med de materielle bestemmelser) blev hemmeligholdt. Der var med andre ord tale om en fast og bevidst praksis om ikke at offentliggøre.

91. Jeg slutter derfor, at manglende offentliggørelse af en forordning eller en integrerende

del heraf i strid med artikel 254 EF udgør en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, som i det mindste må medføre ugyldighed.

#### — Tidsmæssig begrænsning

92. Fastslår Domstolen, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er ugyldig, opstår spørgsmålet om, hvilket tidspunkt dette resultat får retsvirkninger fra. Den østrigske, den polske og Det Forenede Kongeriges regering anmodede under retsmødet Domstolen om at fastslå, at alle retsakter, som er udstedt i henhold til den omstridte forordning, består, indtil Kommissionen har udstedt en ny forordning. De har imidlertid ikke anført de følger af ugyldigheden af forordning nr. 622/2003 (med ændringer), som kan begrunde, at der foretages en tidsmæssig begrænsning af dommens virkning.

93. Det er korrekt, at Domstolen til tider har opretholdt virkningerne af ugyldige regler, indtil nye regler er vedtaget. I dommen i sagen Van Landschoot<sup>73</sup> fandt Domstolen, at den omtvistede forordning var diskriminerende, for så vidt som fritagelsen for en afgift i henhold til forordningen ikke omfattede visse kategorier af erhvervsdrivende. En afgørelse, hvorved bestemmelsen blot blev erklæret ugyldig, ville have ført til, at afgiftsfritagelse var fuldstændig udelukket, indtil der var fastsat nye regler. Domstolen anvendte EØF-

72 — Jf. nedenfor, punkt 113.

73 — Dom af 29.6.1988, sag 300/86, Sml. s. 3443.

traktatens artikel 174, stk. 2 (nu artikel 231 EF), analogt, hvorefter Domstolen kan angive, hvilke af en annulleret forordnings virkninger, der skal betragtes som bestående<sup>74</sup>. Domstolen konkluderede derfor, at de kompetente myndigheder havde pligt til fortsat at anvende fritagelsen og til at lade den gælde for de erhvervsdrivende, der var ramt af den konstaterede forskelsbehandling<sup>75</sup>.

94. Følgelig blev den gruppe af erhvervsdrivende, som kunne drage fordel af fritagelsen, udvidet — en virkning, som ikke kunne være opnået blot ved at erklære den omstridte forordning ugyldig<sup>76</sup>.

95. Jeg er ikke overbevist om, at det er nødvendigt at opretholde virkningerne af

forordning nr. 622/2003 i det foreliggende tilfælde.

96. At erklære forordning nr. 622/2003 ugyldig påvirker ikke de forpligtelser, som medlemsstaterne allerede er pålagt i henhold til forordning nr. 2320/2002, til at træffe de nødvendige foranstaltninger i forbindelse med udøvelsen af deres kompetencer i medfør af national ret for at hindre, at forbudte genstande medbringes til de security-beskyttede områder eller om bord på et luftfartøj, og navnlig for at efterkomme de øvrige foranstaltninger, der er angivet eller henvist til i forordningen hvad angår sikkerhed inden for civil luftfart. Det anføres i tillægget til bilaget til forordning nr. 2320/2002, at »[i] disse retningslinjer findes eksempler på udformning af våben og forbudte genstande, men almindelig sund fornuft er dog det bedste middel til at vurdere, om en genstand kan bruges som et våben«. På denne baggrund kan medlemsstaterne fuldt ud sikre, at der vedtages nationale bestemmelser om forbud mod at medbringe potentielle våben til de security-beskyttede områder eller om bord på et luftfartøj, som vil gælde indtil vedtagelsen af en ny og behørigt offentliggjort forordning (som indeholder en liste over forbudte genstande).

97. De særlige forpligtelser, som allerede påhviler medlemsstaterne i henhold til forordning nr. 2320/2002, forstærkes af en mere generel forpligtelse, jf. artikel 10 EF, til at »træffe [...] alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af [...] retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner«, at »lette [...] Fællesskabet gennem-

74 — Jf. bl.a. dom af 10.3.1992, forenede sager C-38/90 og C-151/90, Lomas m.fl., Sml. I, s. 1781, præmis 23, og af 8.11.2001, sag C-228/99, Silos, Sml. I, s. 8401, præmis 35-38.

75 — Jf. præmis 22-24.

76 — Generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse af 14.3.2006 i sagen Banca Popolare di Cremona (dom af 3.10.2006, sag C-475/03, Sml. I, s. 9373, punkt 132-134), giver et nyttigt overblik over de situationer, hvori Domstolen har begrænset den tidsmæssige virkning af en dom i en præjudiciel sag om gyldigheden af en retsakt vedtaget af Fællesskabets institutioner. Hvad angår den situation, hvor Domstolen i forbindelse med et annullationssøgsmål opretholdt gyldigheden af en del af en fællesskabsbestemmelse indtil vedtagelsen af en ny bestemmelse, henvises til dom af 18.10.2007, sag C-299/05, Kommissionen mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8695, præmis 74 og 75. Det blev i dommen fastslået, at den blotte annullation af Det Forenede Kongeriges invaliditetsydelses »DLA« opførelse i fortegnelsen i bilag IIa til Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 med ændringer ville medføre, at Det Forenede Kongerige skulle eksportere mobilitetsdelen af denne ydelse til et ukendt antal personer i hele Den Europæiske Union, selv om det ikke kunne bestrides, at denne del af DLA er en ikke-bidragsspligtig ydelse, og at den gyldigt kan optages i fortegnelsen i bilag IIa som en ikke-eksportabel ydelse.

førelsen af dets opgaver«, og at »afholde [...] sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare«. Det fremgår klart af forordning nr. 2320/2002, hvad målsætningen er, og hvordan den skal virkeliggøres, og medlemsstaterne har (selvfølgelig) set indholdet af det ikke-offentliggjorte bilag til forordning nr. 622/2003.

98. I tiden efter, at dette forslag til afgørelse er fremsat, og mens Domstolen tager stilling til sagen, har Kommissionen endvidere mulighed for at overveje, hvordan det sikres, at de særlige foranstaltninger om lufthavns-sikkerhed, som alene er indeholdt i bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer), ikke bringes i fare, såfremt Domstolen generelt tager stilling til forordningens retsvirkninger<sup>77</sup>.

99. Domstolen har i øvrigt altid anvendt muligheden for at begrænse den tidsmæssige virkning af en dom for at leve op til retssikkerhedskravet. Det er i det foreliggende tilfælde klart, at retssikkerheden for privatpersoner, hvad angår den eneste kendte del<sup>78</sup> af bilaget til forordning nr. 622/2003 (med ændringer), derimod vil blive bragt yderligere

i fare ved at opretholde forordningen, indtil der er udstedt nye bestemmelser, som fuldt ud erstatter forordningen.

100. Endelig kan det muligvis hævdes, at den offentlige interesse i at bevare regler, som styrker lufthavnsikkerheden, kræver, at Domstolen enten sætter kikkerten for det blinde øje med hensyn til den åbenbare tilsidesættelse af det obligatoriske offentlig-gørelseskrav eller anvender den særlige beføjelse til endeligt at opretholde virkningerne af den mangelfulde retsakt. Dette er efter min opfattelse et svagt argument. Som jeg netop har anført, er det ikke nødvendigt, at Domstolen anvender denne beføjelse for at undgå, at den offentlige sikkerhed i lufthavne bringes i fare. Tilsvarende argumenter fremføres ofte i vanskelige tider som begrundelse for at fravige det almindelige retsstatsprincip — det være sig enten ved at ophæve grundlæggende rettigheder, indskrænke mulighederne for domstolsprøvelse eller afbøde virkningerne af en sådan prøvelse. Sådanne argumenter hører ikke hjemme i Den Europæiske Union, som er baseret på retsstatsprincippet, og hvis Domstol har en traktatmæssig forpligtelse til at sikre, at der »værne[s] om lov og ret«<sup>79</sup>.

101. Jeg foreslår derfor, at der ikke fastsættes en tidsmæssig begrænsning for dommen i den foreliggende sag.

77 — Hvad angår Kommissionens handlemuligheder henvises til punkt 111-120 nedenfor.

78 — Selv om indholdet af listen over forbudte genstande ikke er offentligt tilgængeligt, er det sikkert, at bilaget til forordning nr. 622/2003 faktisk *indeholder* en sådan liste.

79 — Artikel 220 EF (tidligere artikel 164). Jf. generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 16.1.2008 i sag C-402/05, Kadi mod Rådet, punkt 35: »[...] når faren for den offentlige sikkerhed vurderes at være usædvanlig høj, stilles der i udpræget grad krav om vedtagelsen af foranstaltninger, som tilsidesætter individuelle rettigheder [...] i sådanne situationer bør domstolene opfylde deres pligt til at opretholde retssikkerhedsprincippet med særlig årvågenhed«.

— Bør Domstolen gå videre og fastslå, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er en nullitet?

102. Den forelæggende ret har anført, at den manglende offentliggørelse af en forordning indebærer, at forordningen må anses for en nullitet.

103. Domstolen har gentagne gange fastslået, at der i princippet gælder en formodning om lovlighed for fællesskabsinstitutioners retsakter, samt at de afføder retsvirkninger, så længe de ikke er blevet trukket tilbage, annulleret under et annulationssøgsmål eller erklæret ugyldige som følge af en præjudiciel forelæggelse eller en ulovlighedsindsigelse<sup>80</sup>.

104. Læren om forvaltningsakters nullitet udgør imidlertid en undtagelse til dette princip. Ifølge denne lære bør retsakter, der er behæftet med en mangel, hvis grovhed er så åbenlys, at den ikke kan tolereres af Fællesskabets retsorden, anses for ikke at have affødt nogen som helst, end ikke foreløbig, retsvirkning, dvs. at de retligt anses for nulliteter. Denne lære skal sikre en ligevægt mellem to grundlæggende, men undertiden modstridende krav, som en retsorden skal opfylde, nemlig stabiliteten i retsforhold og overholdelsen af lovens bogstav<sup>81</sup>.

80 — Jf. i denne retning dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48, dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 63, præmis 69, samt dom af 8.7.1999, sag C-245/92 P, Chemie Linz mod Kommissionen, Sml. I, s. 4643, præmis 93, og af 5.10.2004, sag C-475/01, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 8923, præmis 18.

81 — Jf. de i fodnote 80 nævnte domme i sagerne Kommissionen mod BASF, Chemie Linz samt Kommissionen mod Grækenland, henholdsvis præmis 49, 94 og 19, og dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 63, præmis 70.

105. De konsekvenser, som er forbundet med konstateringen af, at en retsakt fra en fællesskabsinstitution er en nullitet, er så alvorlige, at det af retssikkerhedsmæssige grunde må kræves, at denne konstatering forbeholdes fuldstændig ekstreme tilfælde<sup>82</sup>. Visse forfattere har argumenteret for, at den manglende offentliggørelse af en forordning falder ind under denne kategori<sup>83</sup>.

106. Så vidt jeg ved, har Domstolen kun én gang erklæret en retsakt for en nullitet, nemlig i dommen i sagen Société des usines à tubes de

82 — Jf. de i fodnote 80 nævnte domme i sagerne Kommissionen mod BASF, Chemie Linz samt Kommissionen mod Grækenland, henholdsvis præmis 50, 95 og 20, og dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 63, præmis 76. Hvad angår sager, hvor Domstolen har fundet, at den anfægtede retsakt ikke var en nullitet, henvises til dom af 12.7.1957, forenede sager 7/56 og 3/57 — 7/57, Dineke Algera m.fl. mod Den Fælles Forsamling, Sml. 1954-1964, s. 45, org. ref.: Rec. s. 81, på s. 122, af 21.2.1974, forenede sager 15/73 — 33/73, 52/73, 53/73, 57/73 — 109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 og 135/73 — 137/73, Roswitha Kortner, gift Schots, m.fl. mod Rådet, Kommissionen og Parlamentet, Sml. s. 177, præmis 33, af 26.2.1987, sag 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo mod Kommissionen, Sml. s. 1005, præmis 10 og 11 (»Det er ikke påkrævet at tage stilling til grovheden af de af Kommissionen omtalte mangler, hvorimod det uden videre kan fastslås, at de ikke har været åbenbare. De har ikke uden videre kunnet fremgå ved en gennemlæsning af beslutningen«), af 30.6.1988, sag 226/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 3611, præmis 16, af 8.7.1999, sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen, Sml. I, s. 4287, præmis 84-88, af 8.7.1999, sag C-200/92 P, ICI mod Kommissionen, Sml. I, s. 4399, præmis 70-73, af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 96-100, af 30.1.2002, sag C-107/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1091, præmis 45, dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 80, præmis 18-21, og dom af 25.10.2007, forenede sager T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 og T-98/03, SP m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4331, præmis 122.

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

la Sarre<sup>84</sup>. Sagen vedrørte spørgsmålet, om et brev fra Den Høje Myndighed kunne anses for en udtalelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 54, stk. 4, KS. Sådanne udtalelser skal bl.a. begrundes. Brevet indeholdt ingen begrundelse. Domstolen fandt, at kravet om at angive en begrundelse for udtalelsen klart fulgte af artikel 5, 15 og 54 KS og udgjorde en væsentlig og konstitutiv faktor for udtalelsen. Manglende begrundelse ville indebære, at udtalelsen var en nullitet. Da der med søgsmålet var nedlagt påstand om annullation af en retsakt, som retligt set var en nullitet, fandt Domstolen, at søgsmålet skulle afvises i mangel af genstand.

107. I dommen i sagen BASF m.fl. mod Kommissionen<sup>85</sup> fandt Retten, at en kommissionsbeslutning var en nullitet. Domstolen omgjorde afgørelsen under appelsagen, idet den fastslog, at de fejl med hensyn til kompetence og form, som Retten konstaterede, forekom — uanset om de betragtedes isoleret eller under ét — ikke at være så klart grove, at den nævnte beslutning retligt burde anses for en nullitet<sup>86</sup>.

108. Det er min opfattelse, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er behæftet med en mangel — konsekvent og bevidst tilsidesættelse af offentliggørelseskravet i artikel 254, stk. 2, EF hvad angår *hele*

forordningens materielle indhold — hvis grovhed er så åbenlys, at den ikke kan tolereres i Fællesskabets retsorden. Jeg foretrækker derfor, at det fastslås, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er en nullitet. Spørgsmålet om den eventuelle begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger er derfor ikke længere relevant.

109. Selv om Domstolen ikke måtte ønske at gå så vidt, er det klart, at der i det mindste er sket tilsidesættelse af en væsentlig formfor-skrift. Domstolen bør derfor som minimum fastslå, at forordning nr. 622/2003 (med ændringer) er ugyldig.

110. Begge konstateringer vil gøre det klart, at manglende offentliggørelse af forordninger eller dele deraf — så meget desto mere, hvis det sker bevidst — er uacceptabelt inden for Den Europæiske Unions retsorden.

Hvad burde Kommissionen have gjort?

111. Både Europa-Parlamentet og Rådet fremførte under retsmødet det synspunkt, at artikel 8 i forordning nr. 2320/2002 ikke giver Kommissionen kompetence til at vedtage en gennemførelsesforordning med et tilhørende ikke-offentliggjort bilag, som fastsætter de detaljerede foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre og tilpasse de fælles

84 — Dom af 10.12.1957, forenede sager 1/57 og 14/57, Sml. 1954-1964, s. 51, org.ref.: Rec. s. 201, på s. 222.

85 — Dom af 27.2.1992, forenede sager T-79/89, T-84/89 — T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315.

86 — Dommen i sagen Kommissionen mod BASF, nævnt ovenfor i fodnote 80, præmis 52.

grundlæggende krav til luftfartssikkerhedsforanstaltninger. Kommissionen har anført, at det vil være nyttigt, hvis Domstolen angav retningslinjer for, hvilken type retligt instrument Kommissionen bør anvende for at efterkomme sine forpligtelser om at vedtage sådanne foranstaltninger i henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 2320/2002.

skulle være muligt at få aktindsigt i dokumentet på grundlag af forordningen om aktindsigt (i henhold til hvilken der formentlig ville blive givet afslag på aktindsigt, idet det omhandlede dokument ville være omfattet af undtagelserne i artikel 4 og/eller ville være et »følsomt dokument«, jf. artikel 9).

112. Selv om jeg har udtrykt kritik af Kommissionens vedtagelse af forordning nr. 622/2003 (med ændringer), har jeg forståelse for den vanskelige situation, som Kommissionen befinder sig i. Jeg vil derfor gøre følgende bemærkninger.

113. Artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2320/2002 bestemmer, at foranstaltninger vedrørende funktionen af luftfartssikkerhedsforanstaltninger<sup>87</sup> er »hemmelige og offentliggøres ikke«. Det fremgår, at dette gælder »[u]anset retten til aktindsigt« i henhold til forordningen om aktindsigt. Jeg mener, at det kan udledes heraf, at ophavsmanden ikke har taget hensyn til, at foranstaltningerne kunne komme til at udgøre en del af en fællesskabsretsakt, der var omfattet af kravet om offentliggørelse i EU-Tidende i henhold til artikel 254 EF. Formålet var snarere, at foranstaltningerne skulle være indeholdt i et ikke-offentliggjort dokument, og at det alene

114. Det skal påpeges, at artikel 8 i forordning nr. 2320/2002 udgør en undtagelse til det almindelige princip om gennemsigtighed og adgang til oplysninger. Artiklen skal derfor fortolkes indskrænkende. Heraf følger, at det kun er oplysninger, som objektivt set falder ind under de forskellige kategorier af hemmelige oplysninger i artikel 8, stk. 1,<sup>88</sup> der kan undergives hemmeligholdelse. Oplysninger, som træder i stedet for oplysninger, som allerede er offentligt tilgængelige, idet de blev offentliggjort som en del af forordning nr. 2320/2002, skal forblive offentligt tilgængelige.

115. Hvad angår listen over forbudte genstande er det efter min opfattelse åbent, at listen ikke bør være hemmelig, men offentligt tilgængelig. Listen — og oplysninger om andre foranstaltninger, som objektivt set ikke kræver hemmeligholdelse — bør derfor offentliggøres som bilag til forordningen i EU-Tidende.

87 — Disse foranstaltninger omfatter: a) ydelseskriterierne og godkendelsesprøven for udstyr, de detaljerede procedurer, der indeholder følsomme oplysninger, og de detaljerede kriterier for undtagelser fra sikkerhedsforanstaltningerne, b) specifikationer for mekanismer til kontrol med overholdelse, og c) inspektionsrapporter og svar fra medlemsstaterne vedrørende kontrollen med overholdelse. Artikel 8, stk. 2 og 3, foreskriver endvidere hemmeligholdelse »så vidt muligt og i overensstemmelse med national ret« hvad angår inspektionsrapporter og medlemsstaternes svar, når disse vedrører andre medlemsstater.

88 — Jf. ovenfor, fodnote 87.

116. Hvorledes forholder det sig med oplysninger, som faktisk vedrører funktionen af luftfartssikkerhedsforanstaltninger, og som det derfor er nødvendigt at hemmeligholde?

117. Hvis det synes nødvendigt at sikre, at alle eller en del af denne type oplysninger er indeholdt i en bindende retsakt, kan Kommissionen i teorien frit vælge, hvilket retligt instrument der skal anvendes. Retsgrundlaget for forordning nr. 2320/2002 er artikel 80, stk. 2, EF<sup>89</sup>. Selv om Rådet valgte forordningsformen, var den ikke forpligtet hertil.

118. Hverken en forordning eller et direktiv, som rettes til alle medlemsstater, er imidlertid i praksis et passende retligt instrument til beskyttelse af oplysninger, som skal hemmeligholdes. Både forordning og direktiv er omfattet af offentliggørelseskravet i artikel 254, stk. 2, EF.

119. Det er derfor mest oplagt at vælge beslutningsformen (jf. artikel 249 EF) og at

rette beslutningen til alle medlemsstater. Artikel 254 EF kræver ikke, at denne type retsakt skal offentliggøres, men alene, at sådanne retsakter »meddeles dem, de er rettet til«<sup>90</sup>. En beslutning »får virkning ved denne meddelelse«<sup>91</sup>. Det bemærkes, at artikel 13, stk. 2, litra c), i forordningen om aktindsigt bestemmer, at sådanne beslutninger skal offentliggøres i EU-Tidende »så vidt muligt«. Hvis beslutningens indhold var af en sådan karakter, at den var omfattet af artikel 4 (undtagelser) eller artikel 9 (følsomme dokumenter) i forordningen, ville det være berettiget at give afslag på aktindsigt i beslutningen og ikke at offentliggøre den.

120. Kommissionen har ganske vist i sit skriftlige indlæg anført, at den valgte en tilsvarende løsning, hvad angår fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger i forbindelse med vedtagelsen af forordning nr. 1683/95<sup>92</sup>. Det offentliggjorte bilag til forordningen indeholder visse specifikationer for den ensartede udformning af de visa, som medlemsstaterne udsteder. Forordningens artikel 2 bestemmer, at Kommissionen vedtager yderligere tekniske specifikationer for den ensartede udformning af visa for så vidt angår yderligere

<sup>90</sup> — Artikel 254, stk. 3, EF.

<sup>91</sup> — Ibidem.

<sup>92</sup> — Rådets forordning (EF) af 29.5.1995 om ensartet udformning af visa (EFT L 164, s. 1), senest ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1791/2006 af 20.11.2006 om tilpasning af visse forordninger, beslutninger og afgørelser vedrørende frie varebevægelser, frie personbevægelser, selskabsret, konkurrencepolitik, landbrug (herunder veterinær- og plantesundhedslovgivning), transportpolitik, fiskale bestemmelser, statistikker, energi, miljø, samarbejde om retlige og indre anliggender, toldunion, eksterne forbindelser, fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik og institutionerne på grund af Republikken Bulgariens og Rumæniens tiltrædelse (EUT L 363, s. 1).

<sup>89</sup> — »Rådet kan med kvalificeret flertal træffe beslutning om, hvorvidt, i hvilket omfang og på hvilken måde passende bestemmelser vil kunne fastsættes for sø- og luftfart.«

sikkerhedselementer og -krav, herunder forbedrede standarder til nedbringelse af risikoen for efterligning og forfalskning og tekniske standarder og fremgangsmåder, der skal anvendes ved udfyldelsen af det ensartet udformede visum. Det fremgår af artikel 3, at nævnte specifikationer er hemmelige. Kommissionen vedtog følgelig en gennemførelsesbeslutning, som var rettet til alle medlemsstater, og som ikke blev offentliggjort<sup>93</sup>. Det er min opfattelse, at Kommissionen gyldigt kan vælge en tilsvarende løsning i forbindelse med gennemførelsen af forordning nr. 2320/2002 for at hemmeligholde oplysninger, som objektivt kræver en sådan beskyttelse.

### *Det første spørgsmål*

121. Såfremt Domstolen besvarer det andet spørgsmål, som jeg har foreslået, er det overflødigt at besvare det første spørgsmål.

93 — Kommissionen har i sit skriftlige indlæg citeret tyske forfattere, som har anført, at en beslutning alene retter sig mod individuelle tilfælde, jf. f.eks. H. Von der Groeben, J. Thiesing, og C.-D. Ehlermann (red.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, nævnt ovenfor i fodnote 83, s. 791, punkt 43. Andre forfattere har imidlertid fremført det modsatte synspunkt, jf. J. Bast, »On the Grammar of EU Law: Legal Instruments«, *Jean Monnet Working Paper 9/03*, Heidelberg, 2003, s. 65 og 66, som er tilgængelig på internetsiden <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.pdf>. Jf. endvidere R. Greaves »The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC«, *European Law Review*, 1996, s. 3-16, som anfører, at beslutninger, der er adresseret til alle medlemsstater, har tendens til at være af næsten lovgivningsmæssig karakter. Et klart eksempel herpå er Rådets beslutning 65/271/EØF af 13.5.1965 om harmonisering af visse bestemmelser, der har indvirkning på konkurrencen inden for transporten med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1965-1966, s. 60), som var genstand for dom af 6.10.1970, sag 9/70, Grad mod Finanzamt Traunstein, Sml. 1970, s. 157, org.ref.: Rec. s. 825.

Eftersom parternes skriftlige og mundtlige indlæg<sup>94</sup> imidlertid vidner om, at der mellem parterne er stor uenighed om det første spørgsmål, vil jeg fremsætte følgende bemærkninger.

122. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om retsakter, som skal offentliggøres i henhold til artikel 254 EF, er »dokumenter« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, i forordningen om aktindsigt<sup>95</sup>.

123. I overensstemmelse med forordningens formål, som er indeholdt i artikel 1<sup>96</sup>, er der i artikel 2, stk. 3, givet en passende bred definition af forordningens anvendelsesområde. Forordningen »finder anvendelse på alle dokumenter, som en institution er i besiddelse af, dvs. dokumenter, som den har udarbejdet eller modtaget, inden for alle Den Europæiske Unions aktivitetsområder«. Før forordningen om aktindsigt trådte i kraft, var en institution ikke beføjet til at give aktindsigt i dokumenter hidrørende fra tredjemænd, og den person, der ønskede aktindsigt, skulle i så fald rette henvendelse direkte til dokumentets ophavsmand (den såkaldte ophavsmandsregel)<sup>97</sup>. Den brede definition af forordningens anvendelsesområde

94 — Den tjekkiske, den polske og den finske regering har således anført, at det er åbenbart, at en forordning *ikke* er et dokument i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordningen om aktindsigt, hvorimod den østrigske, den danske, den franske, den græske, den ungarske, den svenske og Det Forenede Kongeriges regering samt Rådet og Kommissionen har argumentet lige så stærkt for, at det er åbenbart, at en forordning *er* et dokument i denne forstand.

95 — Jf. ovenfor, punkt 49. Jeg har allerede henvist til den brede sammenhæng, som artikel 254 og 255 EF indgår i; jf. ovenfor, punkt 54-60.

96 — Jf. ovenfor, punkt 58.

97 — Jf. f.eks. dom af 26.4.2005, forenede sager T-110/03, T-150/03 og T-405/03, Sison mod Rådet, Sml. II, s. 1429, præmis 92.

delsesområde i artikel 2, stk. 3, ændrede denne regel. Såfremt en institution faktisk *er i besiddelse af* dokumentet, kan der begæres aktindsigt, uanset hvem der måtte være ophavsmand til dokumentet. Institutionerne kan således udlevere dokumenter, som hidrører fra tredjemænd, herunder (navnlig) medlemsstaterne<sup>98</sup>.

124. Definitionen af udtrykket »dokument« er tilsvarende bred: »ethvert indhold uanset medium (skrevet på papir eller opbevaret elektronisk, lyd- eller billedoptagelser, audio-visuelle optagelser) vedrørende emner, der har at gøre med politikker, aktiviteter og beslutninger, der henhører under institutionens kompetenceområde«<sup>99</sup>.

125. Artikel 4 (»undtagelser«) og artikel 9 (»følsomme dokumenter«) definerer begrænsninger, der skal gælde for retten til aktindsigt, af hensyn til offentlige og private interesser. Disse bestemmelser er opbygget på samme måde som artikel 255 EF. Da der er tale om undtagelser, skal bestemmelserne fortolkes indskrænkende i overensstemmelse med de sædvanlige fortolkningsregler inden for fællesskabsretten<sup>100</sup>. At de skal fortolkes på denne måde, understreges af, at der er tale om ufravigelige undtagelser<sup>101</sup> til en forordning,

hvis formål i øvrigt er at sikre »den videst mulige aktindsigt i dokumenter«<sup>102</sup>.

126. Artikel 13 omhandler »Offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*«. Artikel 13, stk. 1, bestemmer, at »[u]d over de retsakter, der er nævnt i EF-traktatens artikel 254, stk. 1 og 2«<sup>103</sup>, skal forskellige kategorier af dokumenter »med forbehold af denne forordnings artikel 4 og 9, offentliggøres [...] i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*«. Efter min opfattelse er det uomtvisteligt, at ophavsmanden i denne sammenhæng identificerer andre kategorier af dokumenter (*ud over* de dokumenter, som under alle omstændigheder skal offentliggøres i henhold til artikel 254 stk. 1 og 2), der automatisk skal være omfattet af den omfattende udbredelse, som følger af offentliggørelse i EU-Tidende. Yderligere kategorier af dokumenter skal imidlertid også offentliggøres »så vidt muligt«<sup>104</sup>.

127. Det er således kun nødvendigt at fremsætte individuelle begæring vedrørende dokumenter, som hverken er omfattet af artikel 12 eller 13<sup>105</sup>.

98 — Jf. tiende betragtning. Jf. endvidere dom af 18.12.2007, sag C-64/05 P, Sverige mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 11389, præmis 55 og 56, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Poiares Maduro i samme sag, punkt 27 og 28.

99 — Artikel 3, litra a).

100 — Jf. hvad angår artikel 4 dom af 1.2.2007, sag C-266/05 P, Sison mod Rådet, Sml. I, s. 1233, præmis 63, og dommen i sagen Sverige mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 98, præmis 66.

101 — Artikel 4, stk. 1, bestemmer, at institutionerne skal afslå at give aktindsigt i de dokumenter, som falder ind under de deri nævnte kategorier. Det afgøres efter artikel 9, stk. 1, hvilke dokumenter der er »følsomme dokumenter«, og artiklen indeholder kun verber, der skal forstås som ufravigelige krav.

102 — Artikel 1, litra a).

103 — Min fremhævelse.

104 — Artikel 13, stk. 2. Institutionerne gives i artikel 13, stk. 3, en yderligere beføjelse til at offentliggøre dokumenter i et videre omfang.

105 — Jf. generelt artikel 6, 7, 8 og 10. Artikel 12 kræver, at institutionerne »i videst muligt omfang« giver bred adgang til dokumenter i elektronisk form eller gennem et register. Navnlig »lovgivningsdokumenter, dvs. dokumenter, der er udarbejdet eller modtaget som led i procedurer vedrørende vedtagelse af retsakter, som er bindende i eller for medlemsstaterne, bør med forbehold af artikel 4 og 9 gøres direkte tilgængelige«.

128. På denne baggrund synes besvarelsen af det første spørgsmål at blive klarere. Forordningens indhold kan falde ind under den meget brede definition af et dokument i artikel 3, litra a), i forordningen om aktindsigt. Et sådant dokument har et »indhold [...] vedrørende emner, der har at gøre med [...] beslutninger, der henhører under institutionens kompetenceområde«, og det vil optræde i form af et af de medier, der er anført i artikel 3, litra a). Definitionen af »dokument« i artikel 3, litra a), er således bred nok til at omfatte de retlige instrumenter, som skal offentliggøres i medfør af artikel 254, stk. 1 og 2, EF. Dette indebærer imidlertid ikke, at sådanne retlige instrumenter falder ind under anvendelsesområdet for forordningen om aktindsigt, således at artikel 4 og 9 kan påberåbes med henblik på at nægte adgang til dokumenterne. Efter min opfattelse er det nemlig det modsatte, der er tilfældet.

er at give aktindsigt i dokumenter, som ellers *ikke* automatisk ville være tilgængelige. Både hensigtsmæssighed og almindelig sund fornuft synes at føre til, at hvis en tekst er (eller burde være) tilgængelig som følge af offentliggørelseskravet i artikel 254, stk. 1 og 2, EF, er det ikke nødvendigt at anse den for et »dokument« (og den bør derfor ikke anses for et dokument), som en institution »er i besiddelse af« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i (henholdsvis) artikel 3, litra a), og artikel 2, stk. 3, i forordningen om aktindsigt. Dertil kommer, at artikel 1, litra a), bestemmer, at formålet med forordningen om aktindsigt er at sikre »den videst mulige aktindsigt i dokumenter«. Dette indebærer i sig selv, at retten til aktindsigt via forordningen ville være overflødig, såfremt dokumentet skal offentliggøres i henhold til artikel 254 EF. Offentliggørelse i EU-Tidende sikrer allerede »den videst mulige aktindsigt«.

129. Artikel 2, stk. 3, i forordningen om aktindsigt bestemmer, at forordningen »finder anvendelse på alle dokumenter, som en institution *er i besiddelse af*, dvs. dokumenter, som den *har udarbejdet eller modtaget*, inden for alle Den Europæiske Unions aktivitetsområder«<sup>106</sup>. Det er ganske vist korrekt, at en institution muligvis kan være i besiddelse af kopier af den endeligt godkendte forordningstekst. Forordningen bør imidlertid også allerede være offentligt tilgængelig som følge af kravet om offentliggørelse i EU-Tidende. Teknisk set er institutionen »i besiddelse af« teksten som »dokument«. At tage ordlyden af forordningen om aktindsigt så bogstaveligt indebærer, at der ikke tages hensyn til, at forordningens formål

130. Artikel 13 i forordningen om aktindsigt bekræfter denne vurdering. Denne bestemmelse er meningsløs, hvis ikke forordningen anses for at supplere artikel 254 EF i stedet for at undergrave den. Det er ikke nødvendigt at give (yderligere) aktindsigt eller mulighed for offentliggørelse på grundlag af forordningen om aktindsigt i et dokument, som er omhandlet i artikel 254, stk. 1 og 2, EF. Hvis et dokument derimod *ikke* er omfattet heraf, er der god grund til at anse det for omfattet af anvendelsesområdet for forordningen om aktindsigt og derefter anvende artikel 13 for at afgøre, om dokumentet kan offentliggøres i medfør af denne bestemmelse. Den korrekte fortolkning må derfor være, at forordningen om aktindsigt omhandler dokumenter (i enhver form), som *ikke* allerede falder ind under artikel 254, stk. 1 eller 2, EF.

106 — Min fremhævelse.

131. Spørgsmålet er, hvilken status en forordnings indhold har i perioden mellem tidspunktet for den relevante institutions vedtagelse af forordningen og tidspunktet for offentliggørelsen i EU-Tidende? Jeg mener, at forordningen i kraft af at være en forordning ikke er et »dokument«, som er omfattet af forordningen om aktindsigt (fordi førstnævnte forordning allerede er omfattet af offentliggørelseskravet i artikel 254 EF). Enhver kopi af forordningen (f.eks. i trykt eller elektronisk form), som er i institutionens besiddelse, udgør imidlertid et sådant dokument, og der kan derfor begæres aktindsigt heri i henhold til forordningen om aktindsigt. Jeg mener, at der i praksis altid vil findes en sådan kopi et eller andet sted. Der opstår derfor intet tidspunkt, hvor forordningen hverken er tilgængelig i medfør af forordningen om aktindsigt eller offentliggørelseskravet i artikel 254 EF.

132. Forordningen om aktindsigt kan ikke bruges som supplement til at begrænse

offentliggørelsen af et dokument, som er omfattet af artikel 254, stk. 1 eller 2, EF. Da forordningen er afledt ret, kan den ikke fortolkes på en måde, som er i strid med primærretten i form af en traktatbestemmelse. De undtagelser til aktindsigt, som er indeholdt i artikel 4 og 9 i forordningen om aktindsigt, gælder derfor kun for de dokumenter, som er undergivet aktindsigt i henhold til selv samme forordning. Disse bestemmelser kan navnlig ikke påberåbes som grundlag for indirekte at indføre en undtagelse til traktatens offentliggørelseskrav.

133. Det følger heraf, at første spørgsmål bør besvares med, at retsakter, som skal offentliggøres i EU-Tidende i medfør af artikel 254, stk. 1 eller 2, EF, ikke udgør dokumenter i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, og artikel 3, litra a), i forordning (EF) nr. 1049/2001, idet de allerede er omfattet af traktatens offentliggørelseskrav og derfor fuldt ud er offentligt tilgængelige.

## Forslag til afgørelse

134. Af ovenstående grunde foreslår jeg Domstolen at besvare de af Verwaltungssenat im Land Niederösterreich forelagte spørgsmål således:

»— Forordninger, som i strid med kravet i artikel 254, stk. 2, EF ikke er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, er nulliteter.

- Retsakter, som skal offentliggøres i EU-Tidende i medfør af artikel 254 EF, udgør ikke dokumenter, som en institution er i besiddelse af, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, og artikel 3, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter, idet de allerede er omfattet af traktatens offentliggørelseskrav og derfor fuldt ud er offentligt tilgængelige.«