

12. marts 2012

Lett Advokatfirma

Rådhuspladsen 4
1550 København V

Tlf. 33 34 00 00

Fax 33 34 00 01

Adv. Karen Dyekjær

J.nr. 261196-PAH

SAGSØGERNES PÅSTANDDDOKUMENT OG SAMMENFATTENDE PROCESSKRIFT

I sag B-222-11
ved Østre Landsret

Niels Hausgaard
Hans Henningsen
Annelise Ebbe
Andreas Åbling Petersen
Sven Skovmand
Hedvig Vestergaard
Helge Rørtoft-Madsen
Marianne Saxtoft
Hanne Jakobsen
Jesper Jespersen
Erik Bach
Knud Bjerre Engsnap
Anette Nilsson
Jens Frederik Dahl Schelde
Drude Dahlerup
Haakon Brandt
Klavs Lorenzen
Jørgen Raffnsøe
Uffe Geertsen
John Holten-Andersen
Finn Sørensen
Karen Horsens
Christian B. Karstoft
Ole Jensen
Poul Erik Andreasen
Elisabeth Bergsøe
Bo Jeppesen
Karen Margrethe Hansen
Villy Klit-Johansen

Finn Hermann
Thorkil Sohn
Hanne Reintoft
Christian Juhl
og
Ole Krarup
(Advokaterne Ole Krarup og Karen Dyekjær (beskikket))

mod

Statsministeren
og
Udenrigsministeren
(Begge Kammeradvokaten v/advokat Peter Biering)

PÅSTAND

De sagsøgte skal anerkende, at lov nr. 321 af 30. april 2008 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af de Europæiske Fællesskaber og den Europæiske Union, hvorved Danmark tiltræder Lissabontraktaten af 13. december 2007, er vedtaget i strid med grundlovens § 20, idet tiltrædelse er sket uden at følge den i grundlovens § 20 foreskrevne procedure, og at den skete tiltrædelse af traktaten som følge heraf ikke er gyldig.

Subsidiært

De sagsøgte skal anerkende, at lov nr. 321 af 30. april 2008 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af de Europæiske Fællesskaber og den Europæiske Union, hvorved Danmark tiltræder Lissabontraktaten af 13. december 2007, er vedtaget i strid med grundlovens § 20, idet tiltrædelse er sket uden at følge den i grundlovens § 20 foreskrevne procedure.

OVERSIGT OVER ANBRINGENDER

Indledning om sagens art og parternes respektive anbringender:

Sagen angår spørgsmålet om, hvorvidt Lissabontraktaten¹ er tilblevet i overensstemmelse med grundloven. *Sagsøgerne gør gældende, at tiltrædelse ikke retmæssigt kan ske uden at følge den i grundloven § 20 bestemte procedure.*

Sagsøgerens hovedanbringender til støtte herfor er

- Lissabontraktaten medfører så væsentlige og betydningsfulde ændringer af forvaltningen af overladte beføjelser, (herunder ved øget magt til Parlamentet og øget brug af flertalsafgørelser og derved forringede vilkår for parlamentarisk ansvar) at § 20 proceduren skal anvendes, jf. afsnit 4.2.
- Det er derudover ikke muligt at afvise, at Lissabontraktaten med sin ændrede struktur og explicit udvidelse af emneområder medfører overladelse af nye beføjelser og kompetencer, navnlig ved
 - Breder område for anvendelse af fleksibilitetsbestemmelsen, jf. afsnit 5.
 - Traktatfæstelse af Charteret for Grundlæggende Rettigheder, jf. afsnit 6.
 - Ratihabition (eksplicit tiltrædelse) af EU rettens forrang og ekspansive fortolkning på vigtige områder, jf. afsnit 7.
 - Breder kompetenceområder, jf. afsnit 8.
 - Udvidelse af EU's kompetence til at indgå traktater bindende for medlemsstaterne, jf. afsnit 9.
- Den retlige prøvelse af overholdelse af grundloven er konkret nødvendig og skal ikke være ”tilbageholdende”.

Om de sagsøgtes anbringender:

Sagsøgerne forstår de sagsøgtes retlige anbringender til støtte for frifindelse derhen, at det principalt gøres gældende,

¹ Udtrykket ”Lissabontraktaten” anvendes generelt i dette skrift som reference til det samlede traktatgrundlag bestående af Traktat om Den Europæiske Union (TEU) og Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), jf. bilag A (Ekstrakten s. 169), samt den af Folketinget udgivne konsoliderede udgave, jf. bilag 6, der lå til grund for vedtagelsen, jf. svar på spørgsmål 229 i bilag P (Ekstrakten s. 1393) og bemærkningerne til tiltrædelsesloven af 2008 (Mat. saml. s. 425).

- at beslutningen om at ratificere traktaten uden at følge § 20- proceduren er i overensstemmelse med grundloven, fordi der efter de sagsøgte opfattelse ikke i kraft af Lissabontraktaten overlades nye beføjelser, jf. svarskriftet punkt 4.2. Sagsøger er uenig heri.
- subsidiært at det kun er en del af Lissabontraktaten, der kræver anvendelse af § 20 proceduren, jf. svarskiftet punkt 4.2 sammenholdt med duplikken punkt 5, side 6 in fine. Overfor specifikt dette anbringende gøres gældende, at anbringendet - uanset den mulige rigtighed heraf - ikke kan føre til frifindelse. Anbringendet kan heller ikke substantielt tages til følge, da den anfægtede tiltrædelseslov ikke giver plads for en delvis vedtagelse af traktaten.

I duplikken har de sagsøgte derudover tilføjet det synspunkt, at Lissabontraktaten under alle omstændigheder er folkeretlig bindende. Sagsøgeren tiltræder, at sagen ikke angår den folkeretlige stilling, der følger af, at de sagsøgte har tilsidesat grundlovens krav². Det er Statsministeren og Udenrigsministerens tiltrædelse af traktaten, der påstås anerkendt som uretmæssig med den deraf følgende forpligtelse til at sikre genoprettelse af en grundlovsmæssig korrekt tilstand.

De sagsøgte har dernæst varslet, at der vil blive nedlagt en yderligere subsidiær påstand, svarende til det i duplikken udtrykte synspunkt om at en anerkendelsesdom i overensstemmelse med sagsøgers påstand ikke skal have umiddelbar virkning, idet landsretten skal bestemme, at de sagsøgte skal have mulighed for at genoprette gyldigheden gennem at følge den foreskrevne procedure i grundlovens § 20. Hertil bemærkes, at det alene er de sagsøgte ansvar, at grundlovens vedtagelsesbestemmelser er ignoreret, og at der ikke ses at være hjemmel til en subsidiær påstand som varslet.

² I Justitsministeriets redegørelse fra juli 1972, jf. bilag D s. 94 (Ekstrakten s.1840), er det antaget, at ugyldig vedtagelse kan medføre folkeretlig ugyldighed, I samme retning, Max Sørensen's responsum til Folketinget, 1952, punkt 9, (Mat.saml. s. 21) samt Poul Andersen, Dansk Statsforfatningsret 1954, s. 497 (Mat.saml.s. 1019). Den af sagsøger formulerede påstand kræver imidlertid ikke stillingtagen til dette folkeretlige spørgsmål.

SAMMENFATNING AF SAGSØGERNES ANBRINGENDER

1. Ad overladelse af ”Beføjelser som tilkommer riges myndigheder”

- 1.1 Som fastslået i Højesterets dom, UfR 1998.800H (”Maastricht dommen”) er ”*anvendelse af den kvalificerede procedure efter grundlovens § 20 nødvendig i det omfang, det overlades til en international organisation at udøve lovgivende, administrativ eller dømmende myndighed med direkte virkning her i landet eller at udøve andre beføjelser som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, herunder beføjelse til at indgå traktater med andre stater*”³.

Sagsøgerne gør gældende, at ændringsloven af 2008 (herefter ”tiltrædelsesloven af 2008”) til tiltrædelsesloven af 1972 (herefter ”tiltrædelsesloven af 1972”) medfører overladelse af beføjelser, der i overensstemmelse med ovenstående kriterium kræver anvendelse af § 20 proceduren.

- 1.2 I overensstemmelse med præmisserne i Maastricht dommen, der i så henseende refererer til forarbejderne til grundlovsbestemmelsen,⁴ påberåbes, at proceduren efter grundlovens § 20 ”*frembyder en vigtig garanti*”, herunder en garanti for, at den med grundloven indstiftede institutionelle retsorden opretholdes intakt, hvilket igen begrundet en skærpet bedømmelse af, om det er berettiget at undlade at anvende proceduren i grundloven § 20.

Om intensiteten af grundlovsprøvelse generelt og konkret i forhold til Lissabontraktaten henvises i øvrigt til afsnit 10 nedenfor.

2. Specielt om ændringer i forvaltningen af overladte kompetencer

- 2.1 Hovedsynspunkt

Sagsøgerne bemærker, at Højesteret ikke i Maastrichtsagen har forholdt sig til ændringer i overladte kompetencer. Højesteret har derimod ved dom af 11. januar 2011 i formalitetssagen (Ekstrakten s. 154) tilltrådt, at parternes uenighed om ”betydningen i forhold til grundlovens § 20 af de *ændringer i EU institutionernes kompetence og afstemningsregler*, der

³ Jf. mat. saml. s. 785.

⁴ Maastricht dommen punkt 9.2 mat. saml. s. 835. Højesterets reference er til Rigsdagstidende 1952-53, Tillæg A II, sp. 3546 (Mat. saml. s. 19).

følger af Lissabontraktaten” - som angår lovgivningskompetence indenfor en række almene og væsentlige livsområder – henstår uprøvet.

Sagsøgerne gør gældende, at det naturlige udgangspunkt må være, at ændringer i forvaltningen af de overladte kompetencer er at sidestille med nye kompetenceoverladelser, *med mindre* der er tale om klart forudsete og/eller mindre ændringer uden konsekvens.

Dette synspunkt fremtræder intuitivt som en naturlig følge af, at betydningen af kompetenceoverladelser er nær knyttet til, hvorvidt der bevares bestemmende indflydelse på og kontrol over udøvelse af den overladte kompetence, ligesom betydningen er nær knyttet til karakteren og opbygningen af den eller de institutioner til hvem kompetence overlades. Sagsøgerne finder derhos, at såvel forarbejder til grundloven, som forarbejder til den tiltrædelseslov af 1972 og dermed samtidig såvel som aktuel juridisk litteratur - korrekt forstået - støtter dette naturlige synspunkt, jf. nedenfor punkt 2.3.

Det reelle spørgsmål er, om der kan fastsættes en minimumsgrænse, indenfor hvilken ændringer kan ske uden at anvende § 20 proceduren. Sagsøgerne har ingen anledning til at bestride, at der findes en grænse, indenfor hvilken der kan foretages ændringer uden at følge § 20 proceduren,⁵ men finder det oplagt, at denne tærskel er overskredet i det foreliggende tilfælde, jf. nedenfor punkt 2.5.

2.2 Om ordlyden af tiltrædelsesloven og forudsætningerne herfor

Sagsøgerne har noteret sig, at de sagsøgte påberåber sig *ordlyden* af tiltrædelsesloven af 1972 som grundlag for den opfattelse, at overladelse sker uspecificeret til ”De Europæiske Fællesskaber” (senere den Europæiske Union). Heroverfor gør sagsøgerne for det første gældende, at overladelsen af kompetencen i tiltrædelsesloven netop i kraft af § 2 jf. § 4 er knyttet til en bestemt indrettet traktat, jf. straks nedenfor punkt 2.4, og for det andet, at der under alle omstændigheder ikke kan bortses fra ændringernes væsentlighed, jf. nedenfor punkt 2.5.⁶

Sagsøgerne har også noteret, at de sagsøgte i forlængelse af den vidtgående forståelse af indholdet af tiltrædelsesloven af 1972 udskiller en

⁵ Jf. herved de eksempler, der er nævnt hos Henrik Zahle, Dansk Forfatningsret, 3. udgave 2001, s. 273 medio (Mat.saml.s. 1479).

⁶ Jf. Zahle, s. 274, 2001, om at tiltrædelsesloven ikke er en ”harmonika”, der kan strækkes ud efter behag (Mat. saml. s. 1480).

analyse om tiltrædelseslovens *forudsætninger* til særskilt handling, jf. svarskriftet punkt 4.3. Efter sagsøgernes opfattelse er spørgsmålet om forudsætninger en integreret del af prøvelsen. For så vidt der imidlertid i overensstemmelse med de sagsøgtes analyse opretholdes en sondring mellem den formelle første gangs overladelse som sker i kraft af lovens § 2, jf. § 4, og forudsætninger herfor, gør sagsøgerne gældende, at også et sådan forudsætnings synspunkt medfører, at § 20 proceduren burde have været anvendt.

2.3 Grundlovens ordlyd

Sagsøgerne påpeger, at overladelse af beføjelser i henhold til grundloven kun kan ske *i nærmere bestemt omfang*, dvs. i *det omfang og på den måde* det fremgår af den aktuelt med tiltrædelsesloven tiltrådte traktat. Allerede heraf følger, at der kun i begrænset omfang uden at følge proceduren i grundloven § 20 kan ske ændringer i den med tiltrædelsesloven tiltrådte traktat, både hvad angår beføjelsernes indhold og den måde de forvaltes på.

2.4 Princippet om tildelte kompetencer

Tiltrædelsesloven af 1972 henviser via § 4 til den indgående traktat. Unionen (såvel som før denne Fællesskabet) virker efter princippet om tildelte kompetencer, jf. TEU art 5, både i forholdet mellem Unionen og medlemsstaterne, jf. TEU artikel 6, og i forholdet mellem Unionens institutioner, jf. TEU art 13. Det er efter traktaten selv således på ingen måde uvæsentligt hvilke institutioner, der udøver hvilke beføjelser. Sagsøgerne gør gældende, at dette af unionen selv nidkært overholdte princip i sig selv er en del af *bestemtheden* af de overladte kompetencer, jf. Maastricht dommen punkt 9.3: ”*Princippet om tildelte kompetencer indebærer således en begrænsning i institutionernes beføjelser, som svarer til bestemthedskravet i grundlovens § 20*”. (udh. tilføjet). Dette svarer ganske til, hvad der er givet udtryk for ved vedtagelsen af tiltrædelsesloven af 1972.⁷

⁷ Jf. bl.a. ministerens fremsættelsestale ved tiltrædelsesloven af 1972, FT 1971-72 sp. 3631 ”*ved vor eventuelle tiltrædelse af Romtraktaten og de øvrige traktater ved vi nøje, hvilke spørgsmål der undergives over national beslutningskompetence, og hvilke betingelser der gælder for denne kompetences udøvelse*” som citeret i Maastricht dommen s. 813 (Mat. saml. s. 794 og for så vidt angår den citerede passus mat. saml. side 155) samt ministerens gentagelse heraf i forhandlinger i Folketinget, FT 1971-72 II, sp. 5430: ”*Det er ...ganske klart afgrænset på hvilken måde vi ...afgiver suveræniteten. Det er præciseret i vor lov § 4, og det er en udtømmende præcision*” (Mat saml. s. 181) Se også Udenrigsøkonomiminister Ivar Nørgaard i Folketingets pjece ”Danmark og EF” fra 1972: ”*Traktaten bestemmer nøje, i hvilke sager der kan og skal træffes beslutning, hvilke beføjelser institutioner*

At der også blev lagt stor vægt på den kontrol med udviklingen som følger af enstemmighedskravet fremgår ligeledes klart af forarbejderne, herunder debatten i Folketinget.⁸

2.5 Ingen støtte for en doktrin om ”det evigt tabte”

Sagsøgerne bemærker, at de sagsøgte i svarskriftet påberåber sig en ofte af regeringens/embedsværkets gentaget antagelse om, at første-gangsoverladelse er en absolut og endelig overladelse, der uden videre åbner op for ændring af afstemningsregler og omfordeling af beføjelser mv. uden brug af proceduren i grundlovens § 20⁹ (doktrinen om ”det evigt tabte”), jf. en række henvisninger i svarskriftet side 5, og side 11-12, og videre at de sagsøgte betragter disse udtalelser som *faktiske* forhold af betydning for den juridiske bedømmelse til støtte for en forfatningsretlig doktrin om, at enhver senere ændring uanset omfang og væsentlighed er uden betydning i relation til grundlovens § 20. Sagsøgerne finder ikke, at eksistensen af en sådan - efter sagsøgernes opfattelse forkert - analyse i sig selv kan have nogen selvstændig betydning i forhold til en retlig prøvelse, og noterer ex tuteo, at en grundlovsmæssig derogerende rets sædvane ej heller er påberåbt.

Dernæst bemærkes, at for så vidt de sagsøgte mener, at denne meget vidtgående doktrin om det evigt tabte rent faktisk kan føres tilbage til en antagelse, der lå til grund ved formuleringen af grundloven og den første tiltrædelseslov af 1972, gøres derudover gældende, at der ikke er støtte herfor. Doktrinen i sin vidtgående udformning er først opstået senere,

ne i Bruxelles har i forhold til medlemsstaterne, og hvilken form beslutningerne skal have” ”Beslutningerne træffes først og fremmest af ministerrådet. Her er hvert land repræsenteret af en minister som er ansvarlig over for sit eget lands parlament” (Mat. saml. s. 1082) Den betydning der af samtlige regeringer, herunder den danske, blev tillagt forvaltningen af kompetencen i Miljøstraffeloven, sag C-176/03 (Mat. saml. s. 1827 og 1849) er i overensstemmelse hermed.

⁸ Jf. bl.a. FT 1971/72 II sp. 5470 (Mat. saml. s. 187). Den helt overvejende brug af flertalsafgørelser smh. med Luxembourg-forliget var klart fremhævet som væsentlig i forbindelse med tiltrædelsesloven af 1972, jf. bemærkningerne hertil FT 1971-72, tillæg A sp. 4537 ff. (Mat. saml. s.43ff), fremsættelsestalen, FT 1971-72 sp. 3629 (mat. saml. side 154f) og Markedsudvalgets betænkning af 25. august 1972 FT 1971-72, Tillæg B, sp. 2803, og sp. 2812ff: ”Flertallet har noteret sig, at den råde-klaration, hvori Luxembourg-forliget indgår, er en del af grundlaget for Danmarks tiltrædelse i EF” (som citeret U.1998.800H s. 813 og s. 823.) og sp. 2817: ”Flertallet har noteret sig, at der er både traktatmæssig og politisk baggrund for at Luxembourg forliget vil blive opretholdt i et udvidet EF” (Mat. saml. s. 91- 98). Luxembourg-forliget var fortsat i kraft og relevant i forbindelse med vedtagelsen af Fællesakten, jf. Engsig Sørensen og Runge Nielsen, EU retten, 5. udgave 2010, s. 29 (Mat. saml. side 2649).

⁹ Doktrinen i sin vidtgående form er først klart formuleret i forbindelse med tiltrædelsen af fællesakten 1986, jf. Udenrigsministerens svar på Markedsudvalgets sp. 1 og 8, jf. bilag S (Ekstrakten bind VI, s.2443ff og mat. saml. s. 225), men siden gentaget næsten ordret i de fortløbende redegørelser fremlagt som bilag F-K.

hvor den viste sig bejlelig, dvs. i forbindelse med vedtagelse af fællesakten, jf. bilag S, ekstrakten s. 2443(se note 9). De henvisninger til aktstykker og litteratur, der i svarskriftet påberåbes til støtte for den vidtgående doktrin er taget ud af kontekst, bl.a. derved at der anvendes citatklip fra afsnit, der handler om og begrundet hvorfor *førstegangsoverladelse* må være omfattet af § 20, selv når der foreligger enstemmighed i EU regi, mens man undlader at gøre opmærksom på, at det citerede værk i et andet afsnit handler om netop *ændringer* i afstemningsregler, hvor synspunktet naturligt er mere nuanceret. Det forhold, at man i forbindelse med førstegangsoverladelse vælger at lægge til grund, at der er tale om overladelse af beføjelser til EU (dengang EØF), også selv om man, dvs. Danmark som land, i kraft af et enstemmighedskrav beholder en vetoret, og dermed mulighed for at blokere for vedtagelser fører ikke med logisk nødvendighed til, at tab af veto ikke skal behandles som ny form for kompetenceoverladelse. Ræsonnementet, som gengivet svarskriftet side 6 øverst og doceret af Justitsministeren overfor Europaudvalget i samråd 6. december 2007, er logisk forkert og har da heller ikke støtte i de citerede værker.¹⁰

En korrekt analyse fører tværtimod til, at den herskende opfattelse i litteraturen *stedse har været*, at ændringer kan medføre nødvendighed af at anvende § 20 proceduren.¹¹

I redegørelsen bilag K punkt 2.3.2.2. side 18 (ekstrakten side 2190), der næsten ordret følger tidligere redegørelser, angives med henvisning til Zahles forfatterskab at:

”ændringer i afstemningsregler og kompetenceplacering kan medføre at en fornyet behandling efter grundloven § 20 er nødvendig. Den nærmere afgræsning af denne nødvendighed må bero på den hidtidige traktat og tiltrædelseslov og disses forudsætninger” (udh. tilføjet),

men dog således, at der kan være visse konkrete ændringer i de enkelte institutioners sammensætning som er forudset og dermed specifikt anset for omfattet.¹²

¹⁰ Synspunktet i sin bastante form er imidlertid, som nævnt i teksten, lagt i munden på og energisk forfægtet af justitsministeren (Lene Espersen) i samråd med Europaudvalget 6. december 2007, jf. talepapiret bilag M (Ekstrakten side 2420) og på lidet overbevisende måde fastholdt under debatten under nævnte møde (Mat. saml. s. 609ff/619).

¹¹ Se for tidligere opfattelse indenfor den forfatningsretlige litteratur især debatten mellem Lachman og Siesby i seminar afholdt marts 1979 (Mat. saml. s. 1125ff) samt Henning Koch ” De underspillede suverænitetsafgivelser”, Juristen, 1992, s. 248 (Mat. saml. s. 1253).

Den her citerede justitsministerielle tekst reflekterer, om end i en tilpasset kontekst, opfattelsen hos Zahle, Dansk Forfatningsret 3. udgave 2001, side 273 (mat.saml. s. 1479), hvor spørgsmålet om ændring vurderes:

”Indledningsvis kan pointeres, at visse ændringer klart må sidestilles med tilslutning til ”ny organisation”. Såfremt ændringer indebærer, at den supranationale organisation skal beskæftige sig med emner uden for den oprindelige traktats område, må grl § 20 følges”.

...

”På den anden side kan ikke enhver ændring af en traktat om et supranationalt samarbejde kræve, at man i Danmark går frem efter grl § 20. Består ændringen af traktaten i en ændret tilrettelæggelse af arbejdsgangen i et administrativt organ, i opdeling af domstolen i flere afdelinger, eller overgang fra en flertalsafstemning til en vetoregel, kan grl § 20 i almindelighed ikke forlanges fulgt”¹³ (udh. tilføjet).

Mellem disse yderpunkter må foretages en nærmere vurdering, og

”en supranational organisation kan underkastes en sådan forandring med hensyn til afstemningsregler og kompetence placering at en fornyet behandling efter grl § 20 er nødvendig. Den nærmere afgrænsning af denne nødvendighed må bero på den hidtidige traktat og tiltrædelseslov og disses forudsætninger” (udh. tilføjet).¹⁴

¹² I vurderingen af, hvornår der kan være tale om ændringer, hedder det i eksempelvis i Justitsministeriets redegørelse, bilag G s. 9 (Ekstrakten bind V(1) s. 1968), bilag H s. 8f (Ekstrakten s.2019f) og bilag K s. 17 (Ekstrakten bind V(2) s. 2189): *”Det kan ligeledes være nødvendigt at følge proceduren i grundlovens § 20 i tilfælde, hvor det enmæssige område ikke udvides, men karakteren af beføjelserne ændres. Det gælder f.eks., hvis den mellemfolkelige myndighed tillægges lovgivningskompetence på et område, hvor myndigheden efter den gældende traktat kun har kompetence til at træffe konkrete afgørelser.”* Heller ikke de øvrige citater i svarkriftet s. 7 (Ekstrakten s. 27) eller Markedsudvalget betænkning af 25. august 1972 (Mat. saml. s. 2793ff) giver støtte for den vidtgående doktrin. Citaterne, såvel som de nævnte referencer læst i sammenhæng, støtter, at det netop kun er specifikt forudsatte ændringer, der ikke kræver en procedure efter grl § 20.

¹³ Modsætningsvis kan overgang fra veto til flerstemmighed anses for tilstrækkelig væsentlig til, at § 20 proceduren må følges. Det er en tilsnigelse at ignorere dette ræsonnement blot med en henvisning til førstegangssoverladelse, hvilket er den ”baggrund” som Justitsministeriet henviser til i bilag K, s. 38 (ekstrakten side 2210) For så vidt angår det med duplikken fremlagte bilag E (Justitsministeriets notat af 19. april 1974), som er gravet frem med det formål at føre doktrinen om det evigt tabte tilbage til 1974) (Ekstrakten s. 1877ff) bemærkes, at dette ikke angår omfordeling af beføjelser indenfor institutionerne og deraf følgende ændring i den institutionelle balance, således som sket med Lissabontraktaten, at der tages forbehold for omfanget af tilladt ændringer jf. udsagnet ”i almindelighed”, og at der i øvrigt er tale om et forhold, der ikke blev aktuelt.

¹⁴ Zahle henviser a.st. til, at der som momenter må inddrages den hidtidige traktat og tiltrædelseslovens, herunder både det oprindelige indhold og den tilgrundliggende og forudsætningerne herfor. Specielt om betydningen af tiltrædelsesloven anføres i afsnittet om suverænitetetsafgivelse generelt; *”Tiltrædelseslovens specifikationer med hensyn til de overladte beføjelser, de institutioner, hvortil*

Zahle afviser explicit, at regeringen kan støtte ret på, at der tidligere er sket ændringer uden brug af § 20 proceduren, idet proceduren vil være at anvende ved ”dyberegående” institutionelle ændringer indenfor EU¹⁵.

I svarskeftet citeres redegørelsen til Nice traktaten, bilag H, igen med henvisning til Henrik Zahles forfatterskab:

”Justitsministeriet er enig i at det ikke for en principiel betragtning kan udelukkes at en § 20 lov må fortolkes således at overladelse af beføjelser, som følger af loven, er betinget af en bestemt organisation m.v. af den pågældende myndighed” (udh. tilføjet).¹⁶

Selv med den mest vidtgående læsning af ordlyden af tiltrædelsesloven af 1972 og forståelse af førstegangsoverladelse, er det således også ifølge Justitsministeriets opfattelse gældende forfatningsret, at man under ingen omstændigheder kan undlade at foretage en bedømmelse af, om der med Lissabontraktaten er sket væsentlige ændringer i forvaltningen af de overladte kompetencer.

Sagsøgerne gør gældende at de nedenfor omtalte ændringer er væsentlige.

beføjelserne overlades og i øvrigt dens bestemmelser vedrørende disse institutioners organisation og arbejdsangang kan sætte rammer for hvilke ændringer, der senere kan gennemføres uden en fornyet § 20 procedure” 1. udg.1989 s. 158-159n (Mat. saml s. 1234ff). Zahles synspunkt er gengivet i 3. udgaven fra 2001 s. 276 (Mat. saml. s. 1482) såvel som i 2. udgaven fra 1996. Synspunktet er endda markeret tydeligere i 2. og 3. udgave end i 1. udgaven fra 1989, s. 160 (Mat. saml. s. 1236), der lå til grund for tidligere redegørelser. Se tillige Henning Koch ”De underspillede suverænitetsafgivelser”, Juristen, 1992, s. 251 (Mat. saml.s. 1256), især om betydningen af Parlamentets deltagelse i lovgivningsarbejdet.

¹⁵ Zahle, 2001, 3. udgave, side 304 (Mat. saml. s. 1485), se tillige 1. udgaven, s. 195 (Mat. saml. s. 1239)

¹⁶ Ekstrakten side 2062ff. Bilaget drejer sig om, hvorvidt en ændring, således at Danmark ikke mere ville have et fast medlem af Kommissionen, ville være så væsentligt, at grænsen ville være overtrådt. Den konkrete vurdering, er uden betydning for synspunktets generalitet hvorved tilføjes, at sagsøgerne hverken tilslutter sig at der foreligger en forfatningsretlig praksis, der legitimerer udsagnet om, at der kan foretages ”meget væsentlige ændringer” (udh.tilf) uden at anvende § 20 proceduren a.st. side 2064.)

3. Subsumption af Lissabontraktaten i forhold til krævede prøvelse

I overensstemmelse med ovenstående analyse gør sagsøgerne gældende, at Lissabontraktaten må subsumeres under den form for ændringer, der ikke kan ske uden at følge § 20 proceduren,¹⁷ **dels** fordi emneområdet udvides, **dels** fordi nye kompetencer dannes jf. især punkt 4-8 nedenfor, **dels** fordi der ændres indgribende på forvaltningen af de overladte kompetencer (jf. punkt 3 nedenfor).

I denne forbindelse påpeges, at Justitsministeriets redegørelse, bilag K (ekstrakten s. 2173), *ikke* indeholder og ikke prætenderer at indeholde en reel reflekteret gennemgang af betydningen af ændringen af forvaltningen af den overladte kompetence.¹⁸ Den ifølge gældende forfatningsret påkrævede analyse af ændringernes konkrete væsentlighed er således ikke foretaget.

I modsætning til denne forsømmelse kan henvises til, at der i andre sammenhænge i de justitsministerielle redegørelser er lagt vægt på, om man *med sikkerhed* kan udelukke at proceduren skal følges, jf. afsnit 10 nedenfor, og at konklusionen i redegørelsen for Amsterdamtraktaten, bilag G, side 52, var, at grl § 20 proceduren skal følges ”selv om der alene er tale om meget begrænsede overladelser.”¹⁹

4. Nærmere om Lissabontraktatens nydannelser

4.1 Generel oversigt

De med Lissabontraktaten foretagne ændringer er langt fra bagatelagtige, og sagsøgerne har noteret sig, at de sagsøgte ikke bestrider, at Lissabontraktaten er en væsentlig, en vigtig og en betydningsfuld traktat.²⁰

¹⁷ Retspolitisk foreslår Hjalte Rasmussen, ”Folketing EF /EU og grundloven § 20” i Folketingets Festskrift Grundloven 150 år 1999, s. 371, at der i *ethvert* af de nævnte elementer indlægges en væsentlighedsvurdering. Rasmussens analyse prætenderer ikke at være gældende ret og medtages derfor ikke. (Oversigt over supplerende materiale, nr. 11 mat. saml. s. 3965ff).

¹⁸ Spørgsmålet om ændringer omtales kort, men uforløst med en simpel henvisning til Zahles lære, se redegørelsen s. 18 (Ekstrakten s. 2190), og således at der under punkt 4.2. hvor redegørelsen forholder sig til Lissabontraktatens aktuelle nydannelser pareres af ved blot at gentage læren om førstegangsoverladelser (Ekstrakten s. 2207 ff.)

¹⁹ Jf. ekstrakten s. 2011.

²⁰ Lissabontraktatens nydannelser findes beskrevet utallige gange og i adskillige sammenhænge, såvel til brug for Folketingets behandling som til almindelig orientering. Ved Højesterets behandling af formalitetssagen henvises af sagsøgerne bl.a. til Kommissionens brochurer, herunder pjecen ”Lissabontraktaten” udgivet i 2008 (Oversigt over supplerende materiale nr. 11, mat. saml. s. 3965ff) og Folketingets udgave af Traktaten med kommentarer, bilag 6 s. 382ff (Ekstrakten bind IIA ikke særskilt pagineret) samt naturligvis til Udenrigsministeriets beskrivelse, bilag B (Ekstrak-

Dette svarer til, at litteraturen, herunder den faglige litteratur om EU spørgsmål, bugner af analyser om Lissabontraktatens betydning for den europæiske retsorden.

Der er - tilsigtet - sket væsentlig strukturelle ændringer herunder for at sikre, at Unionen kan fuldende sin identitet internt og eksternt; søjlestrukturen er helt ophævet, der er oprettet nye embeder og institutioner, og der er sket en betydelig ændring i Parlamentets og Rådets opgaver, jf. TEU art 14 og 16, sammenholdt med de generelle bestemmelser i sjette del kapitel 2, især art 294, samt artikel 4.3. Kommissionen får en specifik hjemmel til at lovgive gennem delegerede retsakter, og princippet om, at medlemsstaterne har ansvaret for implementering, ændres jf. art 290 og 291, og Domstolen får tillagt nye beføjelser navnlig i og med, at søjlestrukturen ophæves.²¹ Der er både tale om udvidelser og om balancéforskydninger med vidtrækkende konsekvenser, i øvrigt uden at dette er til gavn for (eller tænkt til gavn) for mindre medlemsstater.²²

Også for så vidt angår de *emneområder*, der henhører under Unionens kompetence, indeholder Lissabontraktaten en række ændringer både i struktur, formulering og indhold, der ikke alene udvider de eksisterende kompetencer (specielt i forhold til *hvad man antog for overladt* ved tidligere anvendelse af § 20), men også ændrer og omvurderer betydningen af eksisterende bestemmelser og samspillet herimellem, herunder ikke mindst via unionsborgerskabet i samspil med Charteret. Flexibilitetsbestemmelsens udvidede område er i sig selv en nydannelse. Traktatfæstelsen af Charteret om Fundamentale Rettigheder er – tilsigtet – et vigtigt element i forfatningsgørelsen af Unionen, og forvaltningen af EMRK bliver nu også en sag for EU-Domstolen.

ten bind III). Den udenrigspolitiske handleevne blev dog ikke specielt behandlet. Derudover kan nu henvises til de generelle fremstillinger nævnt i notehenvvisninger til afsnit 9.

²¹ Specifikt om Domstolen se bl.a. Justitsministeriets forklaring, bilag L, s. 36: ”med Lissabontraktaten... vil en række af EU’s politikområder **som noget nyt** være fuldt ud omfattet af EF Domstolens kompetence.” (Ekstrakten bind V(3) s. 2351) Lissabontraktatens betydning for det judicielle system er gennemgået af Niels Fenger og Morten Broberg i artiklen: *Lissabon traktatens ændringer i Unionens judicielle system*, hvori det anføres: ”ændringerne i det judicielle system var ganske vist ikke blandt de centrale dele af Lissabontraktaten, men ikke desto mindre har den medført ændringer af vidtgående og principiel betydning”, (udh. tilføjet) s. 85. Det nævnes herunder, at Domstolen får kompetence til at prøve retsakter udstedt af alle institutioner, herunder også Det Europæiske Råd (”I adskillige henseender har Lissabon traktaten bevirket en udvidelse af TEUF art 263 [om annullationssøgsmålet] i forhold til ordlyden af den tilsvarende bestemmelse i den tidligere TEF art 230”, s. 91 (Oversigt over supplerende materiale nr. 36, mat. saml. s. 3968).

²² Se John Temple Langs tankevækkende artikel ”The new EU Treaties – Institutional problems ahead?” s. 335ff, 2010, (Mat. saml. s. 2399), Jörg Monar ”The European Union’s Institutional balance of powers after the Treaty of Lisbon”, 2011 (Mat. saml. s. 2465) og Adam Cygan ”The parliamentaryisation of EU decision-making? The impact of the Treaty of Lisbon on national parliaments”, 2011 (Mat. saml. s. 2443).

Af særlig betydning for anvendelse af § 20 er, at der samtidig er tilsigtet og gennemført en udvidelse af Unionens kompetencer udadtil, herunder specielt kompetencen til at indgå traktater med tredjelande, jf. nedenfor afsnit 9.

Disse forhold medfører samvirkende, at der er tale om så væsentlige ændringer, at § 20 proceduren skal anvendes. I det følgende gennemgås udvalgte dele heraf.

Idet de sagsøgte i svarskriftet sonder skarpt mellem grupper af ændringer i forhold til tidligere traktater således, at gruppe 1 angår institutionelle ændringer og gruppe 2 angår materielle politikområder (jf. svarskriftet side 14 under punkt 4.1.), påpeger sagsøgerne, at de to elementer er indbyrdes forbundne, for så vidt som de materielle ændringer forstærkes af den nye generelle metodik for lovgivning og omvendt, ligesom de ændrede kompetencefordelingsregler har en betydning for forståelsen og fortolkningen af de eksisterende bestemmelser.

4.2 Specielt om indførelse af en almindelig lovgivningsbeføjelse udøvet af Rådet med kvalificeret flertal og Parlamentet og udfyldt og implementeret af Kommissionen

Traktaten indeholdt ikke før Lissabontraktaten bestemmelser, der angiver en almindelig lovgivningskompetence, således som nu sket med TEUF art 14 og art 16 smh med art 294. Allerede derved understreges for første gang, at Unionen har oprettet en lovgivende funktion (tiltagende i form af forordninger eller præcist formulerede direktiver) indenfor de meget brede og meget væsentlige områder, der er omfattet af Unionens kompetence, jf. TEUF art 3 og 4.²³ Hertil knytter sig Kommissionens udfyldende kompetence, jf. art 290²⁴ og implementering, jf. 291, stk. 2.²⁵

²³ Smhl Justitsministeriets redegørelse af juli 1972, bilag D, afsnit IV (Ekstrakten side 1844) ”Traktaterne tillægger *ikke* institutionerne nogen *general competence* til at udstede bindende retsakter.”. Analysen er gengivet i Maastricht dommen.

²⁴ Se herom bl.a. Kommissionens meddelelse om delegerede retsakter, KOM (2009) 673 (Mat. saml. s. 1741) samt Paul Craig ”Delegated acts, implementing acts and the new Comitology regulation” 2011, (Mat saml.s 2251).

²⁵ Jens Blom Hansen ”The EU Comitology System in Theory and Practice – Keeping an Eye on the Commission” 2011. Professor Blom Hansen konkluderer på side 191-192, at medlemsstaternes kontrol med implementeringen er væsentlig forringet ”*The member states’ control over the Commissions’ implementation measures is weakened*”, og at Parlamentets øgede indflydelse er et skridt i den forkerte retning (Mat. saml. s.2278ff) .

4.2.1 Kvalificeret flertal i Rådet – det parlamentariske ansvar

Selv om også tidligere traktater²⁶ har indeholdt muligheden for kvalificeret flertal har Lissabontraktaten *væsentligt* udvidet denne ordning og gjort den til hovedordningen.²⁷

Dette er i sig selv tilstrækkeligt til, at der er tale om en så væsentlig ændring af de overladte kompetencer og de forudsætninger, hvorunder befolkningen tog stilling til traktaten i overensstemmelse med § 20 proceduren, at en ny vedtagelse efter samme procedure er påkrævet.

At Rådet havde den afgørende lovgivende kompetence under forhandlingerne om tiltrædelsesloven af 1972 er fremhævet som centralt, jf. Markedsudvalgets Betænkning af 25. august 1972 i FT 1972, Tillæg B, sp. 2805 (Mat. saml. s. 92), samt de i note 7 og 8 ovenfor givne henvisninger.

Herved påpeges, at den Europæiske Union ikke er opbygget på grundlag af en form for pan-europæisk parlamentarisme. Under respekt af folkestyret, er det valgte konstitutionelle alternativ hertil den mulighed for kontrol, som kan udøves over stemmeafgivningen i Rådet, smh. Maastricht dommen, præmis 9.9, om den danske regerings mulighed for – *under ansvar overfor Folketinget* – at gøre sin indflydelse gældende i Rådet.²⁸ Også med dette principielt vigtige udgangspunkt om ”accountability” er især en ændring i form af overgang fra enstemmigheden til flertalsafgørelser en aldeles central ændring.

²⁶ Sagsøgerne er opmærksomme på, at de sagsøgte lægger vægt på, at Lissabontraktaten er en ændringstraktat; udtrykket ”tidligere traktater” dækker derfor over ”tidligere ændringstraktater”.

²⁷ Jf. bl.a. bilag 6 s. 389 (Ekstrakten bind II A). Passerelle bestemmelsen i TEUF art 48, stk. 7 indebærer endda hjemmel til udvidelse heraf. Tiltrædelsesloven af 2008§1, stk. 2 viser, at disse ændringer opfattes som særdeles væsentlige

²⁸ Synspunktet om den helt afgørende betydning af det parlamentariske ansvar for den minister, der tiltræder et forslag, er fremhævet allerede i Justitsministeriets første redegørelse fra 1972, bilag D s. 95, hvori det hedder: ”*det må anses for en grundlæggende bestanddel af det danske forfatningssystem, at udøvelse af offentlig myndighed i forhold til borgerne kun kan betros myndigheder, der er danske i den forstand, at der på sædvanlig måde kan gøres ansvar gældende her i landet i anledning af deres handlinger.*” (Mat. saml. s. 1841) og er også reflekteret netop i Ivar Nørgaards udtalelse, jf. note 7 ovenfor, jf. også Adam Cygans politologiske analyse i ”The Parliamentarisation of EU decision-making? The impact of the Treaty of Lisbon on national parliaments” *European Law Review* 2011, s. 480-499: ”*Securing ministerial accountability remains the overwhelming priority for many national parliaments*” (Mat. saml. s. 2443ff) Dette svarer ganske til den opfattelse som også prægede debatten i forbindelse med tiltrædelsesloven 1972.

4.3 Parlamentet har fået en afgørende magt på væsentlig områder

Samtidig med at medlemsstaternes bestemmende rolle i Rådet er begrænset, har Parlamentet fået betydelig mere magt.²⁹

Sagsøgerne gør gældende, at denne betydelige overføring af lovgivningsmagt til Parlamentet (der ikke hverken direkte eller indirekte er ansvarlig overfor det danske Folketing), der derved overtager den politiske debat på væsentlige områder, uden at dansk indflydelse har mere end helt minimal betydning, er fuldt tilstrækkeligt til at anvende § 20 proceduren. Som eksempler nævnes, at generelle emner, som ansattes rettigheder³⁰, forbruger købelov og databeskyttelse³¹ p.t. er under behandling i EU systemet, herunder Parlamentet.

5. Specielt om fleksibilitetsbestemmelsen art 352 (tidligere art 308)

Det gøres gældende, at den såkaldte fleksibilitetsbestemmelse får et bredere anvendelsesområde i og med, at søjlestrukturen ophæves, jf. hvad Justitsministeriet antog i forbindelse med Forfatningstraktaten, jf. redegørelsen, bilag J, punkt 4.5.5. side 90 ff.(ekstrakten side 2160). I denne første redegørelse påpeges med rette, at det, selv om de udvidede overordnede mål måske kunne være gemt i den tidligere traktat, ikke er muligt at forudse med sikkerhed, hvorledes bestemmelsen ville kunne blive anvendt, hvorfor det *ikke kan afvises*, at der vil være tilfælde, hvor bestemmelsen vil give hjemmel for foranstaltninger, der ikke ville kunne rummes i det eksisterende traktatgrundlag. I redegørelsen om Lissabontraktaten, bilag K, angives denne bekymring at være fjernet, fordi der er formuleret en erklæring 41³². Reelt er der ikke tale om en ændring, men derimod om en ændret læsning, jf. herved også at den sammenlignelige svenske statsrådsredegørelse (mat. saml. s. 3493ff) når til det resultat, at der *er* tale om udvidelse af det mulige område for anvendelse af bestemmelsen.

²⁹ Jf. bl.a. bilag 6, s. 384 ekstrakten bind IIA. Smlg. også den store betydning sådanne aspekter blev tillagt tilbage til de første vurderinger efter grundlovsændringen, jf. Fisher "Det Europæiske Kul og Stålfællesskab", 1957, s. 206 (Mat. saml. s. 1029).

³⁰ Herunder detailregulering af barselsregler, se i det hele oversigten i Vote Watcher, (Mat. saml. s. 2503). Om direktiv om forbrugerrettigheder, se Kom memo 11/1675 af 10. oktober 2011 (Mat. saml. s. 1797). Selv om regulering af forbrugerforhold sker med hjemmel i den generelle harmoniseringsbestemmelse, som ikke er ny, er området et godt eksempel på den intensitet, der ligger i Parlamentets overtagelse af den politiske debat.

³¹ Memo 12/41 om forslag til ny pakke om databeskyttelse, især baseret på den nye art 16 i TEUF og Charteret art 8 (Mat.saml. s.1769)

³² Jf. tillige bilag U, ekstrakt s. 2448 der læst kritisk ikke fjerner grundlaget for den vurdering, at der kan være tale om en udvidelse.

6. Specielt om Charteret og EMRK

6.1 Charteret

Sagsøgerne gør gældende, at inkorporering af Charteret (Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder) som juridisk bindende, jf. Erklæring 1, er en selvstændig ny kompetenceoverladelser. Dette resultat følger, for det første af den betydning disse nye bestemmelser materielt har også uanset art 6 (1) og Charterets art 51, og for det andet af at Domstolen får en hidtil ikke eksisterende kompetence til at fortolke disse bestemmelser som juridisk bindende.³³

Charterets betydning i forbindelse med gennemførelse af EU-retten viser sig navnlig men ikke alene³⁴ i samspil med traktatens specifikke værdi- og antidiskriminations bestemmelser (TEU art 2 og TEUF art 8,9 og 10)) og unionsborgerskabet (Art 20 og 21), hvor det skaber en ”sund juridisk basis” for håndhævelse af generelle principper med horisontal effekt,³⁵ jf. nedenfor punkt 5.4, om unionsborgerskabet og om særlige politikområder.³⁶

³³ Om betydningen af Charteret for danske domstoles arbejde, se Jens Peter Christensen, Højesteret og statsmagten s. 287 (mat. saml. s. 993) med henvisning til bl.a. Torben Melchior: Hvem bestemmer Folketinget eller Domstolen? UfR 2011 B side 43 (Mat. saml. side 1663ff). Se tillige Pontoppidan i artikel i Berlingske Tidende 2000, (Mat. saml. s. 2789ff). Der kan endvidere henvises til indlæg fra Karsten Lauritzen, retsordfører for Venstre i Advokaten 10/11 side 31, (artiklen angår ikke EU men EMD, men synspunktet, om hvilken betydning forvaltningen af de fundamentale rettigheder har, er relevant) (Mat. saml. s. 2139). Sml. også protokol om Polen og UK, bilag 6 side 248.

³⁴ Se om et eksempel på Charterets betydning, Ruth Nielsen: EU ret, 6. udgave 2011, s. 211-212 om ferie med løn (Mat. saml. s. 2637), og samme forfatter: ”Den danske model i et integreret Europa, EU’s Charter om grundlæggende rettigheder”, s. 225-235, Festskrift for Einar Edelberg, 2004 (Oversigt over supplerende materiale nr. 65, mat. saml. s. 3965).

³⁵ Jf. bl.a. Koen Lenaerts and Gutiérrez-Fons: “The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law, Common Market Law Review, 2010 side 1660 ff: *“In fact since 1 December 2009 when the Treaty of Lisbon entered into force the Charter stands on equal footing with the TEU and TEUF. Accordingly the Charter provides a sound legal basis for the establishment of general principles of EU law”* (Mat. saml. s. 1655). Artiklen diskuterer i øvrigt også andre forhold af betydningen for samspillet mellem individuelle rettigheder, herunder at de løsner sig fra såvel et grænseoverskridende aspekt (det indre marked) og – modsat almindelige direktiver – overgår til at have horisontal effekt, jf. i teksten nedenfor om Unionsborgerskab med note 49. I dommen af 19. januar 2010 i sag C 555/07 Küçükdeveci, om aldersdiskrimination er udtrykkeligt henvist til Charteret, efter at dette er blevet juridisk bindende, medens der ikke henvises til dette i sammenlignende sager afgjort tidligere. Ifølge Steve Peers: Supremacy, Equality and Human Rights, comments on Küçükdeveci, European Law review 2010, 35 (6) side 849 – 856 er dette et *“turning point”*, selv om disse tendenser er at spore i retspraksis Sag C- 281/98 Angonese og sag C- 94/07 Racanelli, der introducerer den horisontale direkte effekt (Mat. saml. s. 2115ff). I det omfang, der gælder horisontal direkte effekt af *andre* bestemmelser, er det irrelevant, at Charteret ikke tilsigter at skabe nye beføjelser, idet det automatisk følger med, og kan påberåbes direkte af private overfor andre.

³⁶ Også i forbindelse med specifikke hjemmelsbestemmelser af generel horisontal karakter henvises i lovgivningsarbejdet til Charteret, jf. forslag til persondatabeskyttelsesdirektiv, hvis juridiske basis

6.2 EMRK

Sagsøgerne gør gældende, at kompetencen til at tiltræde EMRK, jf. TEU art 6, stk. 2, er ny. At dette er tilfældet følger direkte af Domstolens udtalelse 2 /94 (Mat. saml. s. 1819ff), der modsætningsvis fastslår, at Unionen ikke under det tidligere traktatgrundlag har mulighed herfor. Selv om Domstolen stedse har erklæret EMK kataloget som en del af Unionens fælles retsgrundlag, er der tale om en ny kompetence, som bl.a. vil kunne vise sig ved, at en borger der mener, at en national retsafgørelse truffet i henhold til EU retten ikke er i overensstemmelse med EMK, skal udtømme alle retsinstanser - nu også EU-Domstolen - før sagen kan pådømmes af EMD. Dertil kommer, at Charteret ikke fuldt ud er begrænset til samme rettighedskatalog, som indeholdt i EMRK.³⁷ Det forhold, at tiltrædelse af EMRK skal ske i overensstemmelsen med medlemsstaternes forfatningsretlige grundlag, er ikke afgørende. I modsætning til, hvad der synes at fremgå af Justitsministeriets redegørelse om Lissabontraktaten, jf. bilag K, punkt 4.4.3, s. 100 (ekstrakten side 2272), er der ikke tale om en option, som kun udløses ved senere enstemmig vedtagelse i Rådet, men om en *forpligtelse*, der opstår allerede ved tiltrædelse af Lissabontraktatens.³⁸

7. Specielt om forrang og ratihibition af ekspansiv fortolkning

7.1 Erklæring om EU-rettens forrang

Sagsøgerne påberåber sig traktatfæstelsen af EU-rettens forrang som en ændring, der betyder andet og mere end blot kodifikation af det folkeretlige princip om ”*pacta sunt servanda*”. EU- Domstolens forståelse af forrangs princippet er ikke en henvisning til en folkeretlig forpligtelse men til skabelse af en ny retsorden.³⁹

er den nye art 16, og som erstatter det tidligere på harmoniseringshjernen udstedte direktiv fra 1995, jf. IP/10/1462 (Mat. saml s. 1769.) samt mere udførligt Kom (2012) 11 (Mat.saml. s. 1801).

³⁷ Jf. bl.a. den forklarede note vedhæftet den konsoliderede traktattekst, Bilag A, (Ekstrakten s. 579ff). Udførlig gennemgang findes hos Wolfgang Weiss, Human Rights in the EU, European Constitutional Law Review, 7, 2011, s. 64 ff. (Mat. saml. side 2141ff).

³⁸Jf. bl.a. artikel af Jean Paul Jacqué i Common Market Law Review, 2011 nr. 48, s. 995 ff (Over sigt over supplerende materiale nr. 63, mat. saml. s. 3970). Samt Tobias Lock, EU accession to the ECHR, implications for juridical review in Strasbourg, European Law Review 2010, 35 (6) 777-798, (Mat. saml. s. 1671). Dette betyder, at der – ganske som Justitsministeriet antog i forbindelse med forfatningstraktaten, jf. bilag J punkt 4.5 3 (Ekstrakten s. 2155) – sker en kompetenceoverladelse ved Lissabontraktaten.

³⁹ Erklæring 17 findes i bilag 6 (ekstrakten bind II A side 364ff.). Det er basal EU retlig grundviden, at EU's rettens forrang selv i forhold til medlemsstaternes forfatninger sammen med fundamentale principper som direkte virkning, medlemsstaternes erstatningspligt og den præemptive kompe-

Forholdet mellem national konstitutionel ret i medlemsstaterne og EU-rettens forrang er kompliceret og dækker både et hierarkisk ”ultra vires” aspekt (hvem har det endelig ord om, hvorvidt der er tilstrækkelig hjemmel i den tiltrådte traktat til at lovgive på en bestemt måde?) og et dogme om, at EU-retten indenfor sit kompetenceområde skal vige for national konstitutionel ret.⁴⁰

National (dansk) ret kunne, indtil erklæring 17 var afgivet, betragte forholdet anderledes: hvis en retsakt er ultra vires i forhold til, hvad der menes overladt af kompetence til EU institutionerne, vil denne forståelse ultimativt ikke gælde i Danmark, jf. Højesterets dom i Maastricht sagen, og hvis grundloven ikke tillader en vis retstilstand, kan traktaten ikke tilsidesætte dette (jf. hvad der bl.a. fremgår af Justitsministeriets analyser, herunder bilag L).

Så længe der ikke opstår – eller behændigt undgås – en direkte konfrontation, kan det gå an, at EU-retten udtrykker en opfattelse, der afviger fra den opfattelse, der følger af national dansk ret. Men ved at traktatfæste de dogmer, der følger af princippet om EU-rettens forrang, frasiger Danmark sig implicit muligheden for at tage afstand fra den forståelse af forholdet mellem de to retsordener, som EU-Domstolen hylder. Det er da også netop dette, der er formålet med erklæringen. Dette er eller bør sidestilles med suverænitetssafgivelse.

7.2 Ekspansiv fortolkning og ratihabition

Spørgsmålet om forrang sættes i relief af Domstolens undertiden overraskende ekspansive fortolkning. Det har flere gange vist sig, at de *forudsætninger* som blev lagt til grund ved en vedtagelse af en traktatændring har været alt for snæver. Dette har haft særlig betydning indenfor områder af hel central betydning for det danske samfundsforhold, herunder

tence er fundamentet for den særegne doktrin om, at der ved EU traktaten er skabt en ny selvstændig retsorden, der erstatter den hidtidige retsorden i medlemsstaterne. Opfattelsen er markant udtrykt i Opinion 1/91 (citeret hos Lock *ibid*, forrige note). Se tillige Zahle, EU og den danske grundlov 1998 s. 15-16 (Mat. saml. s. 1300)

⁴⁰ Sidstnævnte forståelse er gengivet i Justitsministeriets redegørelse, bilag K, under punkt 4.4.2 (Ekstrakten side 2267ff) medens førstnævnte ultra vires synspunkt bedst svarer til, hvad Højesteret har udtalt i Maastricht dommen. Om forrang se i øvrigt Zahle, Dansk Forfatningsret 3. udgave, 2001, s. 259, Ekstrakten s. 1465.

arbejdsmarkedsforhold jf. sag C -341/05 Laval⁴¹ og sag C-438/05 Viking.⁴²

Der er indenfor det arbejdsretlige felt tale om en dobbelt suverænitetsafgivelse da Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter, som i henhold til den gældende hovedaftale ("arbejdsmarkedets grundlov") har haft den endelige afgørelse, indtil man her i landet endeligt accepterer den kompetenceoverladelse, der forudsættes at være sket ved disse domme⁴³.

Herved erindres om, at arbejdsforhold stedse har været anset for forhold, hvor det har været anset for centralt at sikre, at dansk og danske kompetencer ikke udvandes.⁴⁴

Når de forudsatte grænser for EU's kompetence på denne måde overskrides kunne man teoretisk frakende disse dommes betydning, jf. herved Højesterets udtalelse om forrangs problematik i Maastricht dommen præmies 9.6, respektive sikre, at der sker en begrænsning af den således overraskende brede kompetence. Ingen af de veje har man fulgt.

Sagsøgerne gør gældende, at denne stiltiende ratihabering indebærer eller er at sidestille med ny suverænitetsafgivelse.

De sagsøgte har bl.a. ved at henvise til redegørelsen bilag L søgt at tage Højesterets dom i Maastricht sagen til indtægt for, at en sådan ekspansiv fortolkning ikke i sig selv betyder, at overladelsen ikke som foreskrevet i grl § 20 er af "nærmere bestemt omfang", og heller ikke at der sker en successiv overladelse, hver gang fleksibilitetsbestemmelsen bruges *i overensstemmelse med sit indhold*.⁴⁵ Ratihabitionssynspunkter er imidlertid af en anden art: det går ud på at tiltrædelse af en overladelse, som man *forudsatte* ikke allerede er sket, må sidestilles med en ny overladel-

⁴¹ Jf. bilag 2 (Ekstrakten s. 2366). I klar modstrid med den danske regerings argumentation blev lagt til grund, at traktatgrundlaget giver hjemmel til at gribe ind i og tilsidesætte aftalesystemet i dansk arbejdsret, når dette anses for at stride mod den fri bevægelighed af arbejdskraften.

⁴²Jf. mat. saml s. 1901. Med sagen fastslås, at retten til kollektive kampskridt må vige for traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser, jf. TEUF art 56 (ex at 49).

⁴³ Som det fremgår af TEUF art 5 er beskæftigelsespolitik endda nu et særskilt EU område uafhængig af det indre marked.

⁴⁴ Se helt tilbage til Max Sørensen's udtalelse til forfatningskommissionen af 1946, citeret i Jens Hartig Danielsen: Overladelse af beføjelser til at berettige og forpligte, UfR 2005 B, s. 329 (Mat. saml. s. 1505).

⁴⁵ Jf. Zahle EU og den danske grundlov, 1998 s. 33 (Mat saml. s. 1316) Zahles analyse kan ikke tages til indtægt for de sagsøgte's argumentation. Zahle taler udelukkende om, hvorvidt der sker en samlet overladelse, når § 235 (fleksibilitetsbestemmelsen) bruges *i overensstemmelse med sit indhold*. Ved reitihabition bruges den ikke *i overensstemmelse med sit indhold*, som det blev lagt til grund ved den ved tiltrædelsesloven skete overladelse.

se. Højesterets præmisser som formuleret i dommen punkt 9.6. lader da også netop forstå, at hvis Domstolen skulle sprænge rammerne ud over det ved overladelser forudsatte, skal der ske tilsidesættelse af dommen, med mindre der i kraft af § 20 sker en ny overladelse.⁴⁶ Laval sagen omtalt i Justitsministeriets redegørelse bilag L, side 26, og Miljøstraffesagen, C 176/03 Kom mod Rådet, omtalt bilag L, side 3 og 32, er netop eksempler på sådanne sager.⁴⁷

7.3 I denne forbindelse kan nævnes en overset refleksvirkning af, at der med Lissabontraktaten skabes et eksplicit hjemmelsgrundlag for forhold, der tidligere har været reguleret uden særlig hjemmel eller under en anden hjemmel: Når et område via en eksplicit kompetencehjemmel ændres fra at være undergivet beslutningsprocedure efter en fleksibilitetsbestemmelse (ex art 308) til den almindelige lovgivningsprocedure, ændres også krav om enstemmighed. Og når et område tidligere har været reguleret under den generelle hjemmel for harmonisering (ex art 95, nu 114) af hensyn til det indre marked, får det et materielt bredere område ved at få tildelt en eksplicit kompetencehjemmel, idet omfanget ændres derved, at det grænseoverskridende element ikke mere er påkrævet, jf. eksempelvis den nye hjemmel i TEUF art 16 om persondatabeskyttelse og til dels om unionsborgerskabet, nævnt straks nedenfor under afsnit 7.4.

7.4 Supplerende om EU unionsborgerskabet

Unionsborgerskabets selvstændige retsbærende karakter er fastslået ved flere nyere domme, hvilket indebærer, at unionsborgerskabet indebærer reel suverænitetsafgivelse,⁴⁸ og dette forstærkes af de omstruktureringer, der er sket ved Lissabontraktaten. De rettigheder unionsborgere kan nyde med hensyn til opholdsret og sociale rettigheder er nemlig ikke begrænset til tilfælde, der kan rummes i vertikale relationer indenfor arbejdskraftens og serviceydelsernes fri bevægelighed, men er en ret i sig selv, jf. sag C 34/09 Zambrano,⁴⁹ og den i kølvandet herpå og senere sa-

⁴⁶ Dertil kommer, at bilag L's afvæbnende forklaring s. 30-31 (ekstrakten s. 2345) ikke er korrekt: man kan på ingen måde sammenligne det forhold, at skatteministeriet ikke får medhold i en skattesag, med at Danmark ikke får medhold i en EU sag. Hvis skatteministeren ikke får medhold i en skattesag, kan dette ændres ved lovgivning!

⁴⁷ Jf. her regeringens indlæg i nævnte sager (Ekstrakten s. 2352) Bilag L findes ekstrakten side 2316.

⁴⁸ Helt uanset at det ikke erstatter nationalt statsborgerskab, jf. artikel 20 stk. 1, 2. punktum, der er indsat for at afspejle det danske forbehold herom.

⁴⁹ Mat. saml s. 1963. Generaladvokatens udtalelse er særlig interessant, bl.a. derved at den viser frem til den yderligere støtte, som følger af traktatfæstelsen af Charteret (mat. saml. s. 1919). Dommen er kommenteret bl.a. i *European Law Review*, 2011 s. 704ff, artikel af van Eijken og de Vries: "A new Route into the promised land – Being a European citizen after Ruiz Zambrano" (Mat. saml.

ger meget omfattende debat.⁵⁰ Den umiddelbart tiltalende karakter af denne udvidelse kan ikke overskygge, at der reelt er tale om en udvidelse.

8. Specielt om områder med delt kompetence, traktaten art 4, herunder energi og klima

Traktaten indeholder nu på samme måde, som det er tilfældet i normale føderale forfatninger en vis opregning af områder, der hører under Unionen, henholdsvis medlemsstaterne. I denne forbindelse nævnes også nye områder. Energiområdet er et eksempel på en ny hjemmelsbestemmelse, jf. TEUF art 4, litra i, og art 194.

Den eneste begrundelse for at frakende dette områdes nyhed er, at fleksibilitetsbestemmelsen tidligere har været anset for hjemmelsbærende i et vist omfang, jf. bilag K s. 60, ekstrakten side 2232. Det gøres gældende for det første, at dette ikke er tilstrækkeligt til at antage, at der ikke kan foreligge en udvidelse af beføjelserne, jf. ovenfor under punkt 5.3, og for det andet at man ikke ”med sikkerhed” kan gå ud fra, at der ikke heri sker en overgivelse af nye beføjelser. På samme måde kan det ikke udelukkes, at det forhold, at klima er tilføjet miljøområdet, jf. TEUF art 191, indebærer, at der er tale om nye beføjelser.

s. 2201) Den senere dom i sag C -434/09 McCarthy er kommenteret i *European Law Review* 2011 s. 861, artikel af Anja Wiesbrock ”Disenangling the Union citizen puzzle? The McCarthy case”, hvor bl.a. understreges, at Unionsborgerskabet i modsætning til hvad man formentlig antog tidligere, er en selvstændig kilde til ret. Forfatteren anfører bl.a. ”... it is obvious that the relationship between EU law and fundamental rights is one of the most challenging questions to be settled in the light of the growing expansions of EU competences, the now legally binding force of the Charter of Fundamental Rights, the European Union’s scheduled accession to the ECHR and the fact that the Convention rights constitutes general principles of EU law”. (Mat. saml. s.2227ff) En anden vigtig sag er sag C-578/08 Chakroun, afgjort 4. oktober 2010 og kommenteret i *European Constitutional Law Review* 6, 463ff 2010 af Anja Wiesbrock (Oversigt over supplerende materiale, nr. 74, mat. saml. s. 3972). Se også Koen Lenaerts & Gutierrez – Fons “The constitutional allocations of powers and general principles of EU law”, *Common Market Law review* 47, s. 1629-1669, 2010, omtalt ovenfor note 35 (Mat. saml. s. 2105ff), samt Niahmh Nic Shubhne: “The Resilience of EU market citizenship”, *Common Market Law review* 47, 2010, s. 1597ff (Mat. saml. s. 2165ff). Ifølge forfatteren er unionsborgerskabet ”strengthened by the Lisbon treaty” (side 1612) ligesom unionsborgerskabet ”is often used as an additional plank in economic free movement cases” (side 1612). *The concept of citizenship is thus seen as bringing a – legitimate - material dimension to the interpretative process*” (side 1613) Forfatteren henviser til den da kommende afgørelse i Zambrano som en sag, der vil teste disse teorier (C 34/09). Som diskuteret i Martin Brennckes kommentar til sag C 58/08 Vodafone, *Common Market Law Review*, 2010 kan samme horisontale effekt muligt også gælde for harmoniseringsforskrifter, i medfør af TEUF art 114 (tidl. 95) (Mat. saml. s. 2155ff). Advokat Rass Holdgaard fra Kammeradvokaten har dog nyligt i Advokaten plæderet for, at Zambrano ikke skal anses for en udvidelse, jf. ”Vulkanens udbrud er udeblevet” (Mat. saml. s. 2235).

⁵⁰ Se også Europaråttslig tidsskrift, artikel af Johanna Schiratzki, 2011, s. 70 “Children Rights in the EU- a tool for autonomous citizenship or patriarchy reborn” (Oversigt over supplerende materiale nr. 75, mat. saml. s. 3972) og Paul Craig “The ECJ and ultra vires action: a conceptual analysis, *Common Market Law Review* 2011, s. 395 ff (Mat. saml. s. 2185).

9. Specielt om den udenrigspolitiske kompetence

I relation til den udenrigspolitiske kompetence generelt er de væsentligste nydannelser indføjet med Lissabontraktaten at finde i TEU, afsnit V, og TEUF femte del med artikel 216, og art 207, shm. med art 3.

På hele det udenrigspolitiske område er der med Lissabontraktaten, som det også var tilfældet med Forfatningstraktaten tale om væsentlige nydannelser.

Bestemmelserne om Unionens udenrigspolitiske kompetencer er vanskelige at overskue, bl.a. fordi de omtales såvel i TEU afsnit V og TEUF femte del.⁵¹

Etableringen af Unionen som en juridisk person har netop til formål at sikre, at Unionen i relation til udenrigspolitiske forhold kan optræde overalt og dermed overtage den funktion som ifølge grundloven § 19 tilkommer regeringen.

Følgen heraf er bl.a. at blandede aftaler, hvor Danmark repræsenteret af regeringen i medfør af § 19 i grundloven indgår aftaler, erstattes af EU's eneoptræden, jf. bilag B, side 96 (ekstrakten bind III side 1110).

I relation til grundloven § 20 påpeges navnlig følgende nydannelser, der hver for sig og samlet fører til, at der er tale om overladelser af nye beføjelser i relation til grl § 20:

- 1) Det forhold, at Unionen har opnået *enekompetence* til at indgå internationale aftaler på væsentlige områder, jf. TEUF art 3, betyder en væsentlig udvidelse af den tidligere kompetence bl.a. men ikke udelukkende indenfor det handelspolitiske område, der bl.a. nu er meget bredt formuleret, jf. art 3, stk. 2 og art 216, og eksplicit omfatter direkte investeringer, jf. art 207.
- 2) Det forhold, at Unionen nu *på alle områder*, som Union kan indgå aftaler med tredjelande, jf. art 216, også indenfor Den Fælles Sikkerheds og Udenrigspolitik (det såkaldte FUSP samarbejde), er en ny

⁵¹ En forklaring herpå er indeholdt i Piris' bog "The Lisbon Treaty" s. 238 ff., mat. saml. bind IVb.) Piris betragter det som forvirrende, at afsnit V om unionens optræden udadtil er placeret i TEU og ikke i TEUF sammen med de øvrige bestemmelser herom.

beføjelse. (Det er irrelevant om sådanne aftaler er folkeretligt bindende for medlemsstaterne, idet Unionens kompetence indskrænker medlemsstaternes mulighed for at træffe afvigende aftaler).

Dette erkendes særskilt af Udenrigsministeriet i bilag B, side 12 og side 98 (ekstrakten bind III side 1112),⁵² at der med Lissabontraktaten er tale om nye beføjelser:

”.. EU (kan) for fremtiden indgå bindende aftaler med tredjelande og internationale organisationer, som kan dække både det traditionelle og hidtil betegnede fællesskabssamarbejde såvel som den fælles udenrigs og sikkerhedspolitik”.

- 3) Mere overordnet må det i sig selv forstås som en kompetence overladelse at selve det forhold, at søjlesamarbejdet ophæves således, at FUSP området bliver en del af den samlede traktat, også selv om vedtagelsesproceduren, indenfor hvad der betegnes som FUSP området, ligner det tidligere mellemstatslige samarbejde og også selv om Domstolen som tidligere ikke har nogen beføjelser på dette område, jf. herved at man bør betragte en kompetence som overladt, selv om der bevares bestemmende indflydelse i det kommunautære organ.⁵³ Det konsultative, udpræget mellem-statslige samarbejde henhørende under søjle 2 og beskrevet bl.a. i redegørelsen for Unionstraktaten, bilag F side 57-58 (ekstrakten s. 1949f) erstattes i hvert fald delvis af ”kommunautære beslutningsprocedurer”, et udtryk der anvendes i samme redegørelse side 30 (ekstrakten s. 1922).⁵⁴
- 4) Den procedure, hvorved Unionens optræden udadtil foregår *udenfor* FUSP samarbejdet, jf. TEUF femte del med afsnit V om de internationale aftaler, er derhos væsentlig ændret. Kompetencen udøves, jf.

⁵² Jf. tillige Piris, *ibid* s. 259 ”There can no longer be any controversy on the capacity of EU to include international agreement in the area of CFSP” (Mat. saml. bind IVb), jf. tillige Dansk Institut for internationale studier ”De Danske Forbehold overfor den Europæiske Union- udvikling siden 2000”, s. 49, der betragter dette som ”den næststørste ændring” ved Lissabontraktaten (Mat. saml. s. 1658). Se også Kautrakos note 53.

⁵³ Jf. hvad der ovenfor er anført om førstegangsoverladelser. Om forskellen på fællesskabssamarbejde se bl.a. Dansk Institut for internationale studier, *ibid* s. 45 ff. (Mat. saml. s. 1653ff) Den udenrigspolitiske kompetence er undersøgt og behandlet i flere kollokvier, se bl.a. Kautrakos (ed.) ”The European Union’s external relations a year after Lisbon” (Mat. saml. s. 2079ff.), Larik og Moraru (ed.) ”Ever-Closer in Brussels – ever-closer in the world? EU external action after the Lisbon Treaty” (Mat. saml s. 2079ff).

⁵⁴ Justitsministeriets opfattelse i relation til om der er tale om en kompetenceoverlادelse eller et rent mellemstatsligt samarbejde, er undertiden udtrykt derhen, at det afgørende er, om man benytter kommunautaire beslutningsprocedurer, se eksempelvis redegørelsen for Maastricht traktaten, bilag F s. 30 (Ekstrakten s. 1922).

artikel 218, stk. 8, på grundlag af flertalsafgørelser og med deltagelse af Parlamentet, og Domstolen har fået direkte kompetence.⁵⁵

9.1 Specifikt om internationale aftaler

Sagsøgerne gør specifikt gældende, at den udvidede og ændrede adgang for EU til *at indgå traktater med andre lande og internationale organisationer*, forudsætter anvendelse af grundlovens § 20.

Bredden fremgår af art 216, der med en ordlyd svarende til art 3 bestemmer at

”Unionen kan indgå en aftale med et eller flere tredjelande... når ... indgåelsen af en aftale enten er nødvendig for i forbindelse med Unionens politikker at nå et af de mål, der er fastlagt i traktaterne, ... eller kan berøre fælles regler eller ændre deres rækkevidde ”

Beføjelsen, som tilkommer den danske regering i medfør af grl § 19 til at repræsentere Danmark i udenrigspolitiske forhold (det såkaldte regeringsprærogativ), er en ”beføjelse”, som er omfattet af § 20 uden hensyn til, om der i så henseende er tale om (traktat)bestemmelser med direkte virkning for borgerne.

Denne beføjelse kan ikke overlades indirekte som et accesorium til afgivelse af en beføjelse til at harmonisere intern lovgivning

Justitsministeriet har i sine redegørelser, se bl.a. Justitsministeriets redegørelser bilag J og K, generelt om traktatkompetencen anført, at § 20 proceduren må overvejes, både fordi traktater, der indgås af EU, bygger på den monistiske teori, således at traktatkompetence overført til EU har samme direkte virkning overfor borgerne som anden lovgivning, og fordi selve regeringsprærogativet er en beføjelse omfattet af grundlovens § 20, *uanset hvad den pågældende internationale aftale måtte omhandle*.⁵⁶

⁵⁵ I Justitsministeriets redegørelse bilag K, s. 71 (Ekstrakten s. 2243) anføres kortfattet, at proceduren er væsentlig den samme. Dette er ikke rigtigt.

⁵⁶ I redegørelsen til Folketingets Europaudvalg specielt om betydningen af grl § 20 har Justitsministeriet dog *glemmt* at overladelse af regeringsprærogativet også kræver vedtagelse efter § 20, se talepapir, bilag M (Ekstrakten s. 2404ff). Heller ikke Folketingets redegørelse i bilag 6 omtales forholdet (Ekstrakten bind IIA, s. 381). Ofte bruges af regeringen overfor Folketinget vendingen, at suverænitetsafgivelse ” i første række ” foreligger, når der er tale om at udøve beføjelser med direkte virkning overfor borgere her i landet, jf. eksempelvis bilag L, s. 7 (Ekstrakten s. 2316ff), hvormed man enten glemmer eller bevidst underspiller den udenrigspolitiske kompetence.

Derfor kræves altid særskilt brug af § 20 proceduren for sådan overladelse.

Det gøres videre gældende, at EU's traktatkompetence er en beføjelse omfattet af grundlovens § 19 og dermed af proceduren efter § 20, uanset om traktaten folkeretligt er indgået, eller kan anses for indgået, af EU som subjekt eller også anses for folkeretligt direkte at binde medlemsstaterne, i hvert fald når der er tale om en enekompetence.

Dertil kommer, at der også kan være tale om direkte virkning for borgerne i kraft af, at internationale aftaler, der med hjemmel i TEUF art 216 indgås af Unionen. I modsætning til den i dansk gældende dualistiske teori gælder for EU en monistisk teori således, at indgåede traktater vil være umiddelbart gældende. Derfor er der ikke behov for en særskilt harmoniseringshjemmel, og art 207, stk. 6 (som regeringen synes at lægge vægt på) er i denne henseende uden betydning og kan ikke påberåbes som grundlag for at afvise en kompetenceoverladelse.⁵⁷

Om dette omfattende og vigtige område anføres i Justitsministeriets redegørelse bilag K ikke andet end, at der er tale om en kodificering af Domstolens praksis vedrørende kompetence opnået i medfør af den såkaldte preemptive kompetence til at indgå internationale aftaler, og svarskrift og duplik indeholder ingen imødegåelse af sagsøgernes anbringender.

9.2 Om udenrigspolitik generelt

Under hensyn til områdets kompleksitet suppleres overstående oversigt med følgende supplerende bemærkninger:

Man kan – for oversigtens skyld – sondre mellem tre dele af den eksterne kompetence: (1) Den fælles udenrigs og sikkerheds politik (The Common Foreign and Security Policy – CFSP/FUSP), der tidligere hørte under søjle 2, og som ikke var supranational og ikke undergivet Domstolens kompetence⁵⁸), (2) Den fælles sikkerheds og forsvarspolitik

⁵⁷ Svaret på sp. 455 kan ikke være dækkende (Mat. saml. s. 1619).

⁵⁸ Domstolen har forsat ikke kompetence på dette område af udenrigspolitikken, FUSP-området, jf. art 275, men derimod for de øvrige områder. Som anført i artiklen Fenger og Broberg (oversigt over supplerende materiale nr. 36, mat. saml. s. 3968) supra, s. 88 betyder Domstolens manglende kompetence ikke, at selve afgrænsningen af FSUP samarbejdet fra andre ikke vil blive undergivet domstolskompetence.

(Common Security and Defence policy – CSDP/ESDP⁵⁹), som Danmark har delvis forbehold overfor og (3) Andre udenrigspolitiske relationer – herunder handelspolitik (Common Commercial Policy).

De to første grupper er nu placeret i TEU afsnit V, henholdsvis kapitel 2, 1. afdeling, art 23-41 om Den fælles udenrigs og sikkerhedspolitik (FUSP) og kapitel 2, 2. afdeling, art 42-46 om Den fælles sikkerheds og forsvarspolitik, men gentaget i TEUF art 205. Den tredje gruppe, der omfatter alle andre eksterne relationer, befinder sig i TEUF del 5, og omfatter handelspolitik (hvor direkte investeringer er tilføjet), samarbejde og humanitær bistand, restriktive foranstaltninger (der kan omfatte direkte foranstaltninger overfor borgere) og *internationale aftaler*, jf. afsnit 9.1. ovenfor.

Etableringen af de to poster, formanden for Det Europæiske Råd (TEU art 15, og Den Høje Repræsentant i Udenrigs og sikkerhedsspørgsmål (Art 18 og 27), har til formål at muliggøre den selvstændige varetagelse af Unions rolle som udenrigspolitisk aktør. (Det forhold, at embedets opgaver ikke er skarpt formuleret, kombineret med at først valgte indehaver af dette embede har valgt en relativt ikke markant optræden, hindrer ikke, at der i traktaten er stof til betydelig aktivitet⁶⁰).

Med hjemmel i de nye bestemmelser, TEU art 27 er nu etableret European External Action Services (EEAS), jf. Rådets afgørelse 2010/427 /EU, EUT L 201/30. (Selv om etableringen er garneret med bestemmelser, der tager sigte på at bevare medlemsstaternes tidligere rolle, indebærer etableringen, sammenholdt med forpligtelserne til at koordinere optræden, jf. TEU art 4 (3), at der er tale om en betydelig begrænsning af medlemsstaternes frihed til at føre selvstændig udenrigspolitik.

De nye bestemmelser i TEUF del V skal i øvrigt læses i sammenhæng med art 3 (5), og Charteret skal indgå, når Unionen agerer handelspolitisk. I denne forbindelse er et særligt, men bestemt ikke uvæsentligt område de nye bestemmelser i art 215 om restriktive foranstaltninger, hvor Domstolen i modsætning til, hvad der gælder om FUSP, har kompetence, jf. art 275.⁶¹ I Justitsministeriets redegørelse bilag K punkt 4.3.6 s.

⁵⁹ De danske forkortelser anvendes bl.a. i bilag B og Justitsministeriets redegørelser, mens de udenlandske forkortelser anvendes i litteraturen.

⁶⁰ Se European Law Review, 2010, s. 1ff, artikel af Panos Kautrakos: "New links in the Union's institutional chain" (Mat. saml. s. 2033ff)

⁶¹ Se Gazzini "Restrictive measures adopted by the EU from the standpoint of international law and EU law, European Law Review, 2011, s. 798-817, (Mat. saml. s. 2035ff).

53 (Ekstrakten s.2223) er antaget, at der ikke foreligger en udvidelse af de overladte kompetencer, fordi man tidligere har anvendt fleksibilitetsbestemmelsen til at hjemle kompetence for Unionen til at håndtere restriktive foranstaltninger i lys af fri bevægelighed, men denne benægtelse af, at der er tale om en reel og tilsigtet udvidelse af Unionens aktiviteter, overser, at de nye traktatbestemmelser hjemler en generel kompetence løsrevet fra forbindelse til fri bevægelighed.⁶²

Sammenfattende gøres gældende, at det samlede resultat er, at Unionen som *juridisk person*, repræsenteret af *de nye embeder*, og baseret på *Unionens værdier og interesser*, i væsentligt omfang overtager Danmarks udenrigspolitiske rolle.

10. Specielt om tilblivelse af Lissabontraktaten og omfanget af prøvelsen

10.1 Prøvelsesintensiteten

Sagsøgerne gør som ovenfor nævnt gældende, at der er behov for en skærpet retlig prøvelse, idet proceduren efter § 20 tilsigter, at yde en væsentlig garanti for integriteten i den danske styreform. Dette følger allerede af, at det vigtige spørgsmål om § 20's nedre grænse aldrig før har været genstand for judiciel efterprøvelse.

Sagsøgeren kan således tilslutte sig den retsopfattelse, som Justitsministeren i anden sammenhæng har givet udtryk for bl.a. ved redegørelsen for Amsterdamtraktaten (bilag H), hvorefter § 20 proceduren bør anvendes, hvis det "ikke kan udelukkes", at der er tale om suverænitetsafgivelse,⁶³ en retsopfattelse som også genfindes i redegørelsen for Forfatningstraktaten (bilag J), hvor samme udtryk anvendes sammen med udtryk som, at "det ikke kan afvises".⁶⁴ I klar modsætning hertil anvendes i Justitsministeriets redegørelse for Lissabontraktaten (bilag K) den metode at udelukke anvendelse, hvor man under tvivl kan argumentere for, at der ikke er tale om yderligere suverænitetsafgivelse. Samtidig gør sagsøgeren gældende, at også med hovedvægt på intensiteten og væsentligheden i de overladte beføjelser - snarere end deres analytiske art - er anvendelse af § 20 proceduren i dette tilfælde velbegrundet.

⁶² Hvilket var begrundelse for tidligere at anvende fleksibilitetsbestemmelsen, jf. sag T 315/01 Kadi.

⁶³ Se navnlig s. 48 om betydningen af at overstatslighed "ikke kan udelukkes", sammenholdt med sammenfatningen s. 52 (Ekstrakten s. 2007 og s. 2011).

⁶⁴ Se bl.a. punkt 4.4.7, s. 50 (ekstrakten s. 2120) om rumpolitik og afsnit 4.5.5, s. 93 (ekstrakten s. 2163) om fleksibilitetsbestemmelsen, samt konklusionen (Ekstrakten s. og s. 2172).

Tilbageholdenhed med at efterprøve retsakter, der indholdsmæssigt svarer til den opfattelse regeringen og Folketingets flertal har lagt til grund, er i øvrigt generelt ikke indicieret, når det drejer sig om, hvorvidt en lov er tilblevet i overensstemmelse med de i grundloven indeholder forskrifter for vedtagelse.⁶⁵

10.2 Konkret om tiltrædelsesloven vedrørende Lissabon traktaten

Til ovenævnte generelle synspunkt føjes, at regeringen i sine drøftelser om traktatens endelige udformning, *efter det nu oplyste*, var særskilt og specifikt motiveret om et ønske om at undgå den folkeafstemning, der ville have været nødvendig, hvis Forfatningstraktaten var gennemført. Under disse forhold er der behov for en særskilt legalitetskontrol af grundlovens krav.

Beskrivelsen af traktatens tilblivelse findes mange steder, såvel ”på pjece-niveau”⁶⁶ som ved en mere indgående politologisk undersøgelse. De sagsøgte har tillagt beskrivelse hos Piris (bilag AD og mat. saml. bind IVb særlig betydning). Det er kendt stof, at den erstatter den kuldsejlede Forfatningstraktat, som Folketinget drøftede og tilsluttede sig betinget af folkeafstemning.⁶⁷

Det ligger fast, jf. Justitsministeriets redegørelse for Forfatningstraktaten, bilag J, at denne ikke ville kunne gennemføres uden folkeafstemning i Danmark. Det gøres ikke gældende, at der er fuld identitet mellem Forfatningstraktaten og Lissabontraktaten, men derimod at midlerne til styrkelse af Unionens aktiviteter og udviklingen heraf er af samme karakter, jf. Piris fremstilling, bilag AD, ekstrakten side 2505 samt i øvrigt det forhold, at grundlaget for Folketingets tilslutning er det samme, jf. bl.a. bilag Å, ekstrakten side 2504.

⁶⁵ Jf. UfR 1921.644 H modsætningsvis for så vidt som denne dom netop lægger vægt på, at loven var tilblevet i overensstemmelse med grundloven (Mat. saml. s. 777), og Max Sørensen, Statsforfatningsret, 2. udgave 1979, s. 296-297 (Mat. saml. s. 877ff). Se tillige Zahle, Dansk Forfatningsret, 3. udgave 2001, s. 156-172 (Mat. saml. s.893ff).

⁶⁶ Se bl.a. Kommissionens pjece fra 2008, nævnt ovenfor note 20.

⁶⁷ Der kan endvidere henvises DIIS studiet s. 45 ff. og 371 ff., *ibid* note 52 samt professor Peter Nedergård: Lissabontraktaten - en politologisk analyse, s. 7- 35 og 183-184 (Mat. saml. s. 2593ff). En samlet fremstilling findes også i Craig & De Burca's omfattende værk: EU Law Oxford, 2011 (Mat. saml. s.2657ff) samt andre nyere fremstillinger af EU- retten, herunder Neergaard og Nielsen, EU ret, 6. udgave 2010 (Mat. saml. s. 2637ff), Engsig Sørensen og Runge Nielsen, EU retten, 5. udgave 2010, s. 25-36 (Mat. saml. s. 2643), samt Biondi et al: EU Law after Lisbon, Oxford 2011 (delvis medtaget i mat. saml. side 2719ff).

Om folkeafstemningens nødvendighed alene var knyttet til de i denne redegørelse anførte 9 punkter⁶⁸ er for så vidt irrelevant, som resultatet ville have været en folkeafstemning om den samlede traktat. Sagsøgerne har gennem sine provokationer forsøgt at formå de sagsøgte til at fremkomme med en fuldstændig redegørelse, jf. provokationerne 3, 4, 6, 7 og 8 for forhandlingsforløbet, for dermed at nå til den fornødne klarhed over, i hvilket omfang der i forhandlingsforløbet er taget hensyn til ønsket om at undgå at spørge befolkningen. Med duplikken (sammenholdt med brevvekslingen Ekstrakten hhv. s. 48, 71 og 75) afviser de sagsøgte endeligt begæringen herom, uanset den herfor anførte begrundelse (hensynet til fremmede magter), hverken er uddybet eller troværdig. Heller ikke som svar på Europaudvalgets direkte spørgsmål herom (bilag Å) har Ministeriet før ratificeringen givet et klart svar herpå.⁶⁹ Imidlertid er det *ad anden* vej, herunder ved fremstillingen hos Piris bilag AD side 32, ekstrakten side 2532 og 2596 (dansk oversættelse),⁷⁰ og de sagsøgtes egne indrømmelser, reelt nu dokumenteret, at forholdet, som antaget af sagsøgerne, er det, at regeringen har tilstræbt på at få gennemført en sådan ændring af visse formuleringer i bestemmelserne i forfatningstraktaten med det hovedformål at bevæge Justitsministeriet til at forsvare en konklusion om, at der ikke ville være behov for en folkeafstemning.

Overfor det i duplikken nu anførte om, at det er et legitimt sagligt formål at ”undgå suverænitetssafgivelse”, er dette en motivforskydning. Formålet har været at undgå folkeafstemning, samtidig med at Forfatningstraktatens forhandlingsresultat opretholdes.

⁶⁸ Jf. Justitsministeriets redegørelse, bilag K side 10 og 35 (Ekstrakten hhv. s. 2182 og 2207).

⁶⁹ En bagudrettet undersøgelse viser, at der i svaret henvises til (1) ”grundlaget for regeringens tilgang til konsultationerne med det tyske formandskab, der angaves at være folketingsvedtagelsen af 31.5. 2006, der går ud på at ”Folketinget finder fortsat at forfatningstraktaten er et godt grundlag for det europæiske samarbejde, og opfordre regeringen til at arbejde aktivt for forfatningstraktatens gennemførelse ”, jf. FT, 2005-06, side 7904-7905, uden at de 9 punkter omtales, samt til (2) udenrigsministerens holdning ved forelæggelse af forhandlingsoplægget i Europaudvalget den 15. juni 2007, men referatet af regeringens forhandlingsoplæg foregik for lukkede døre, ligesom det fremgår at Udenrigsministeren vil præsentere sit udkast til konklusion for lukkede døre, samt til (3) Statsministerens holdning ved forelæggelse af forhandlingsoplæg vedr. traktatreformprocessen i Europaudvalget den 21. juni 2007, men af referatet fremgår ikke klart, hvad der er foregået. På direkte forespørgsel oplyste Statsministeren, at der ikke kun havde været tale om 9 punkter (dvs. de danske) men om 18.

⁷⁰ Se også artiklen af Jean Paul Jacqué, nævnet ovenfor afsnit 6.2 (note 38): ”Denmark was anxious to avoid referendum to ratify the Lisbon Treaty ” om manøvrerne til undgå suverænitetssafgivelse ved bestemmelse om tiltrædelse af EMK, samt Jens Peter Bonde: Fra Forfatning til Lissabon, 2007 (Mat. saml. s. 2569ff)

11. Resume af provokationer

Provokation 1, 2 samt 5 er opfyldt med fremlæggelsen af Justitsministeriets redegørelser og traktaten. Provokation 4 om Kansler Merkels 12 spørgsmål er fremlagt med bilag Y (men *ikke* regeringens svar herpå). Provokation 9 om udsættelse af ratifikationen er obsolet. Provokation 3, 6 og 8 om aktstykker vedrørende forhandlingsproceduren er delvis opfyldt, men ikke fuldstændig. Provokation 7, om hvorvidt man aktivt har arbejdet for at undgå folkeafstemning, er ikke besvaret, men reelt fremgår svaret af bilag AD m.m.

København, den 12. marts 2012

Ole Krarup

Karen Dyekjær