

## NOTAT

17. oktober 2015

# PROTOKOL NR. 22 OM DANMARKS RETSFORBEHOLD

**- Kan Danmark undlade at overlade de nødvendige beføjelser på retsområdet til EU ved overgangen til en tilvalgsordning?**

### Kontakt:

**Seniorrådgiver, Per Lachmann**

**+45 24 26 04 86**

**lachmannper@gmail.com**

Per Lachmann, der er seniorrådgiver i Tænk tanken EUROPA, har skrevet nærværende notat om tilvalgsordningen i protokol 22 til Lissabon-traktaten. Per Lachmann er tidligere kommitteret i EU-ret og statsret i Udenrigsministeriet, og stod på embedsmandsniveau i spidsen for Danmarks forhandlinger i EU om tilvalgsordningen i forbindelse med Lissabon-traktaten.

Tænk tanken EUROPA har udarbejdet nedenstående resume, hvor centrale hovedkonklusioner i Per Lachmanns notat er fremhævet.

*RESUME Tilvalgsordningen i protokol nr. 22 til Lissabon-traktaten om det danske retsforbehold tillader ikke en delvis eller gradvis overgang til tilvalgsordningen, sådan som det er blevet hævdet i den offentlige debat. Skiftet fra det absolutte retlige forbehold til tilvalgsordningen er et alt-eller-intet valg, og det skal ske i overensstemmelse med Danmarks forfatningsmæssige bestemmelser. En grundig læsning af den danske protokol nr. 22 viser nemlig, at protokollen bygger på, at de nødvendige beføjelser skal overlades til EU efter proceduren i grundlovens § 20, i forbindelse med Danmark overgår til tilvalgsordningen.*

*Muligheden for at tilvælge retsakter på forslagsstadiet og dermed deltage med fuld stemmeret i vedtagelsen af retsakterne, er tilvalgsordningens hovedbestemmelse. Der synes at være almindelig enighed om, at denne ordning slet ikke vil kunne fungere, hvis proceduren efter grl. § 20 (5/6-flertal i Folketinget eller afholdelse af*

*folkeafstemning) ikke er gennemført på forhånd, men skal følges for hver enkelt retsakt som skulle tilvælges. Også en formålsfortolkning fører derfor til, at de fornødne beføjelser skal overlades efter proceduren i grl. § 20 samtidig med overgangen til tilvalgsordningen.*

*Nej-partiernes forslag om en overgang til tilvalgsordningen, der alene omfatter Europol, og deres overvejelser om at kombinere en sådan begrænset anvendelse af tilvalgsordningen med nye parallelaftaler vil ikke være i overensstemmelse med protokol 22.*

*Forslaget om kun at overgå til tilvalgsordningen for så vidt angår Europol overser endvidere, at tilvalgsordningen indeholder en klar Schengen-binding. Hvis Danmark benytter tilvalgsordningen, bliver alle de nugældende Schengen-regler automatisk bindende for Danmark efter 6 måneder. Det følger direkte af artikel 8, stk. 2 i protokollen. Uanset hvordan protokol 22 i øvrigt fortolkes, skal Danmark derfor overlade beføjelser til EU efter grundlovens § 20, som mindst dækker hele området for de nugældende Schengenregler.*

## Indledning og oversigt over præmisser og konklusion

Regeringens og ja-partiernes lovforslag om overgang til en tilvalgsordning medfører, at der i henhold til grundlovens § 20 overlades beføjelser til EU i det omfang, det følger af traktatbestemmelserne om det retlige samarbejde. Når tilvalgsordningen er trådt i kraft, vil afgørelsen om fremtidige tilvalg af konkrete retsakter blive truffet efter den såkaldte Europa-udvalgsprocedure, fremgår det af lovforslaget. Dvs. at tilvalg ikke kan foretages imod et flertal i Folketinget. Af den politiske aftale mellem JA-partierne fremgår yderligere visse politiske retningslinjer for, hvorledes tilvalgsordningen skal forvaltes.

I debatten har det været hævdet, at Danmark overfor EU fuldt ud kan erklære sin overgang til tilvalgsordningen, men dog samtidig kan undlade at overlade beføjelser i henhold til grl. § 20 på alle eller de fleste af de berørte sagsområder, indtil de enkelte tilvalg foretages. Hvert enkelt tilvalg af en retsakt skal i så fald behandles efter den tunge procedure i grl. § 20.

De, der har fremført sådanne synspunkter, har muligvis forsøgt at finde støtte i omtalen af tilvalgsordningen i Justitsministeriets redegørelse om visse forfatningsretlige spørgsmål vedr. Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten<sup>1</sup>. Redegørelsens bærende konklusion lyder som følger: "Som følge af det anførte må Danmark anses for at være uden mulighed for i praksis at anvende "opt in" ordningen, hvis en § 20 procedure ikke kan iagttages på forhånd. Det vil sige, at de nævnte hensyn af retsteknisk og praktisk karakter med meget betydelig vægt taler for, at en § 20 procedure gennemføres på forhånd." Regeringens lovforslag, der overlader alle nødvendige beføjelser til EU i forbindelse med overgangen til tilvalgsordningen bygger på disse konklusioner.

Det opfølgende spørgsmål er dog, om protokol 22 tillader, at Danmark overgår til tilvalgsordningen uden at overlade de fornødne beføjelser, uanset at vi ikke vil have mulighed for i praksis at anvende ordningen? Det er ikke stillet i redegørelsen og derfor ikke besvaret. Dette er ikke en kritik af redegørelsen, for dens formål var et andet, nemlig at undersøge hvorvidt beføjelserne kunne overlades samtidig med overgangen til tilvalgsordningen. Men man bør være forsigtig med at hævde, at redegørelsen rummer svaret på det rejste spørgsmål. Redegørelsen drøftes senere i notatet.

I nærværende notat vurderes hvilket resultat Rådets og Kommissionens juridiske tjenester må antages at nå til, hvis de blev bedt om at udtale sig om

---

<sup>1</sup> Side 83 ff i Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2015 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten.

spørgsmålet, og i sidste instans hvordan EU-domstolen vil fortolke protokollen, hvis en strid mellem Danmark og de øvrige EU-lande måtte blive indbragt for Domstolen.

Notatets præmisser og konklusion om det rejste spørgsmål er følgende:

- For det første tillader protokol nr. 22 ikke en delvis eller gradvis overgang til tilvalgsordningen. EU-retligt er skiftet fra det absolutte retlige forbehold til tilvalgsordningen et alt-eller-intet valg.
- For det andet er det en direkte konsekvens af protokol nr. 22 artikel 8, stk. 2, at der ved overgang til tilvalgsordningen skal overlades beføjelser til EU efter grl. § 20, som mindst dækker hele området for de nugældende Schengen-regler, da disse efter bestemmelsen vil blive automatisk gældende for Danmark seks måneder efter overgangen til tilvalgsordningen.
- For det tredje viser præambelen til protokol 22, at overgangen til tilvalgsordningen skal muliggøre, at Danmark kan tilvælge retsakter på forslagsstadiet. Tilvalg af retsakter på forslagsstadiet er imidlertid i praksis ikke muligt, hvis de fornødne beføjelser på retsområdet ikke overlades samtidig med overgangen til tilvalgsordningen, men først overlades til EU efter proceduren i grl. § 20 i forbindelse med de enkelte tilvalg af retsakter.
- For det fjerde viser det danske løfte i præambelen om at overgå til tilvalgsordningen, "når det er muligt i overensstemmelse med [Danmarks] forfatningsmæssige bestemmelser", at de øvrige EU-lande har forudsat, at de nødvendige beføjelser skal overlades til EU efter proceduren i grl. § 20 i forbindelse med Danmarks overgang til tilvalgsordningen. Danmarks har i praksis betragtet løftet på samme måde. Uden denne forudsætning er det danske løfte uden værdi.
- For det femte har UK og Irland, hvis tilvalgsordning er forlægget for Danmarks, gennemført alle nødvendige forfatningsmæssige tiltag i forbindelse med overgangen til tilvalgsordningen, så de kan tilvælge alle retsakter på forslagsstadiet. Den danske tilvalgsordning må antages at forudsætte, at Danmark gør det samme.
- For det sjette kræver tilvalgsordningens procedurebestemmelser i protokolens artikel 8, stk. 1 udtrykkeligt, at overgangen til tilvalgsordningen skal ske i overensstemmelse med de danske forfatningsmæssige regler. Bestemmel-

serne om de konkrete tilvalg i bilagets artikel 3 og 4 indeholder intet tilsvarende krav om, at de konkrete tilvalg skal ske i overensstemmelse med grundlovens regler. Den naturlige forståelse af disse procedurebestemmelser er, at de nødvendige beføjelser efter grl. § 20 skal overlades i forbindelse med Danmarks overgang til tilvalgsordningen

På grundlag af disse præmisser forekommer det helt overvejende sandsynligt, at procedurebestemmelserne i protokollen vil blive fortolket således, at de statsretlige procedurer ihht. grl. § 20 om overladelse af beføjelser ikke kan udsættes til de enkelte tilvalg, men skal gennemføres i forbindelse med Danmarks overgang til tilvalgsordningen. Denne fortolkning harmonerer bedst med protokollens ordlyd og forudsætninger, og kun denne fortolkning kan bevirke, at tilvalgsordningens formål opfyldes.

## **Baggrund, analyse og fortolkning**

### Det absolutte retsforbehold og tilvalgsordningen

I dag har Danmark et absolut retsforbehold, der betyder, at Danmark er afskåret fra at deltage i vedtagelsen af retsakter på det retlige område (asyl, indvandring, civilretligt samarbejde samt politi- og strafferetligt samarbejde). Disse retsakter finder til gengæld heller ikke anvendelse i relation til Danmark. Dette har bl.a. den konsekvens, at Danmark ikke kan deltage i et overstatsligt politisamarbejde, når den nye Europol-forordning falder på plads.

I Lissabon-traktaten blev der i protokol 22 indføjet en ordning, der gør det muligt for Danmark at ændre det nugældende absolutte retsforbehold til tilvalgsordningen. Selv om denne "a la carte" ordning er ekstremt gunstig for Danmark, var ordningen samtidig udtryk for de øvrige medlemsstaters minimumskrav til Danmark. Deres udgangspunkt ved forhandlingerne var, at Danmark burde opgive sit retsforbehold. Det fremgår af præamblen, at de øvrige medlemsstater har noteret sig, at Danmark agter at overgå til tilvalgsordningen, "når det er muligt". Præamblen afspejler de øvrige medlemslandes interesse i, at Danmark er mest muligt med i det overstatslige retlige samarbejde.

Protokollens artikel 8 regulerer, hvorledes Danmark kan skifte til tilvalgsordningen. I en række bestemmelser i et bilag til protokollen findes de nærmere bestemmelser – især bilagets artikel 3 og 4 – om, hvordan tilvalgsordningen virker. Det centrale indhold i tilvalgsordningen er, at Danmark får ret, men ikke pligt til at tilvælge retsakter i EU's retlige samarbejde. Ordningen svarer til den ordning, som UK og Irland allerede har haft i en årrække. Hvis Danmark tilvælger

en retsakt på forslagsstadiet, deltager Danmark med stemmeret i selve vedtagelsen i Rådet. Tilvalg af retsakter på forslagsstadiet skal til gengæld ske senest 3 måneder efter, at retsакten er fremsat for Rådet.

Tilvælges en retsakt ikke på forslagsstadiet, kan Danmark også efterfølgende tilslutte sig retsакten. Tilvalg af en retsakt betyder, at Danmark er bundet af retsакten på samme måde som de øvrige medlemslande. Protokollen indeholder herudover visse særregler, som følger af, at Danmark er medlem af Schengensamarbejdet i modsætning til UK og Irland. De omtales nærmere nedenfor under punkt 5.

### Protokollen udelukker en delvis overgang til tilvalgsordningen

Artikel 8 i protokollen bestemmer, at Danmark kan meddele EU, at reglerne i det absolutte retsforbehold erstattes af tilvalsreglerne, der er reguleret i protokolens bilag<sup>2</sup>.

Ordlyden af artikel 8 levner ikke mulighed for, at Danmark overfor EU erklærer, at man kun skifter til tilvalgsordningen på enkelte områder og fortsat vil være bundet af det gamle absolutte retsforbehold på alle andre områder. Overgangen fra det absolutte retsforbehold til tilvalgsordningen skal ske som ét samlet skridt, og når det er taget, er det absolutte retsforbehold definitivt forladt<sup>3</sup>.

### Kan en de facto delvis tilvalgsordning alligevel opnås ved at udskyde den statsretlige overladelse af beføjelser efter grl. § 20 til de enkelte senere tilvalg?

---

<sup>2</sup> Ordlyden af artikel 8, stk. 1 er følgende: ”Danmark kan til enhver tid i overensstemmelse med sine forfatningsmæssige bestemmelser meddele de andre medlemsstater, at denne protokols del I [dvs. reglerne for det absolutte retsforbehold] fra den første dag i den måned, der følger efter meddelelsen, vil bestå af bestemmelserne i bilaget, ...[dvs. tilvalsreglerne]”.

<sup>3</sup> Aftalen af september 2015 mellem Dansk Folkeparti, Enhedslisten, Liberal Alliance og Folkebevægelsen mod EU (NEJ-aftalen) bygger tilsyneladende på den modsatte opfattelse. Den forudsætter nemlig muligheden af at kombinere tilvalg af fx Europol efter tilvalgsordningen med indgåelse af parallelaftaler på andre områder af EU's retssamarbejde: ”Vi ... mener, at dansk deltagelse i EU's retspolitik skal finde sted ved anvendelsen af enten parallelaftaler, en begrænset brug af tilvalgsordningen – **eller en kombination af disse to modeller.**” (min fremhævelse). En sådan kombination af parallelaftale og overgang til tilvalgsordning er ganske enkelt uforeneligt med princippet i artikel 8 om en fuldstændig overgang til tilvalgsordningen. Fra det øjeblik, hvor Danmark i Bruxelles har meddelt, at man er gået over til tilvalgsordningen, er ethvert tænkeligt grundlag for at anmode om parallelaftaler forsvundet. Svaret fra EU på en sådan anmodning vil med stor sikkerhed være at henvise Danmark til at benytte tilvalgsordningen.

Fra visse sider<sup>4</sup> antages det imidlertid, at Danmark kan opnå en retsstilling, der reelt svarer til en delvis eller drypvis overgang til tilvalgsordningen. Denne antagelse tager udgangspunkt i den klassiske – og korrekte – sondring mellem den internationalretlige indgåelse af en aftale og nationalretlig gennemførelse af aftalen. Resultatet opnås ved at læse protokolreglerne således, at Danmark i EU fuldt ud skulle tilslutte sig tilvalgsordningen, men på det nationale plan ikke behøvede at ændre på det nugældende absolutte retsforbehold. Ethvert tilvalg til en retsakt inden for det retlige samarbejde ville dermed kræve overlade de nødvendige beføjelser efter proceduren i grl. § 20 – og dermed i praksis folkeafstemning.

Spørgsmålet besvares først for Schengen-området, og derefter for alle de øvrige sagsområder.

#### *Schengen-området*

Protokollens artikel 8, stk. 2 bestemmer, at alle gældende Schengen-retsakter 6 mdr. efter Danmarks overgang til tilvalgsordningen vil gælde på overstatsligt grundlag i Danmark<sup>5</sup>. For så vidt angår alle nugældende Schengen-regler gælder således, at disse ikke skal tilvælges på et senere tidspunkt, men vil gælde på overstatsligt grundlag i Danmark som en automatisk konsekvens af overgangen til tilvalgsordningen. Det rejste spørgsmål må derfor besvares med, at det ikke er muligt at udsætte overladelser af beføjelser til senere for denne store del af Schengen-samarbejdet<sup>6</sup>.

Strengt teoretisk kunne det måske hævdes, at måden hvorpå disse regelsæt bliver sat i kraft i Danmark ikke nødvendigvis beror på en beføjelsesoverladelser efter grl. § 20, da Danmark ikke har deltaget i retsakternes vedtagelse, og disse er kendte på tidspunktet for Danmarks overgang til tilvalgsordningen. På samme

---

<sup>4</sup> Dansk Folkeparti, Enhedslisten, Liberal Alliance og Folkebevægelsen mod EU har således i en aftale af september 2015 lagt op til, at Danmark ville kunne overgå til tilvalgsordningen, men kun overlade beføjelser til EU på et enkelt område. Aftalen bygger formentlig på en notat fra professor, dr. Jur. Peter Pagh til DF, der hævder, at protokol 22 ikke forudsætter nogen pligt til at overlade beføjelser til EU ved overgangen til tilvalgsordningen. En EU-konsulent i Folketinget har ligeledes i et notat til Europa-udvalget hævdet, at Danmark kan overgå til tilvalgsordningen helt uden at overlade beføjelser til EU, dvs. helt uden anvendelse af proceduren i grl. § 20.

<sup>5</sup> Ordlyden af artikel 8, stk. 2 er følgende: ”Seks måneder efter den dato, hvor [meddelelsen om Danmarks overgang til tilvalgsordningen] får virkning, vil alle Schengenregler og foranstaltninger vedtaget til udbygning af disse regler, der indtil da har været bindende for Danmark som folkeretlige forpligtelser, være bindende for Danmark som EU-ret.”

<sup>6</sup> Folketingets EU-konsulents påstand om, at Danmark kan overgå til tilvalgsordningen uden at overlade beføjelser efter grl. § 20, er allerede af denne grund uholdbar. Heller ikke professor Peter Pagh's notat og NEJ- aftalen synes at have været opmærksom på særbestemmelsen om de allerede gældende Schengen-regler.

måde som det er lagt til grund i Justitsministeriets redegørelse om forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten<sup>7</sup> i forhold til efterfølgende tilvalg af retsakter - i hvis deltagelse Danmark heller ikke har deltaget, og som ligeledes er kendte på tidspunktet for et efterfølgende tilvalg - må det dog lægges til grund, at bestemmelsen forudsætter, at de fornødne beføjelser er overladt.

Hvis beføjelsesoverladelsen meget nøje afgrænses til kun at dække alle eksisterende Schengen-retsakter og ikke også omfatter tænkelige fremtidige Schengen-retsakter, risikerer Danmark på sigt at blive udelukket fra Schengen-samarbejdet. Det vil nemlig ikke i praksis være muligt at afholde folkeafstemning om tiltrædelse af sådanne retsakter på forslagsstadiet på grund af den 3 mdr. tidsfrist, som gælder for tilvalg af retsakter på forslagsstadiet. Efterfølgende tilvalg ville formentlig kræve afholdelse af folkeafstemninger efter grl. § 20 mange gange hvert år – og ofte om ganske små regelændringer, der ikke egner sig til folkeafstemning. Dette er heller ikke muligt i virkelighedens verden. Der er indres om, at en efterfølgende tiltrædelse på Schengen-området også skal ske inden for en tidsfrist, nemlig seks måneder. Efter reglerne for Danmarks deltagelse i Schengen-samarbejdet kan Danmark blive tvunget til at forlade Schengen-samarbejdet, hvis vi ikke tilvælger samtlige Schengen-retsakter. En manglende overladelse af beføjelser med henblik på fremtidige Schengen-regler vil derfor på sigt kunne tvinge Danmark ud af Schengen-samarbejdet.

### **De øvrige sagsområder inden for EU's retssamarbejde**

For alle de øvrige sagsområder afhænger besvarelsen af spørgsmålet af en samlet vurdering af:

- præambelteksten,
- reglerne i artikel 3 og 4 i bilaget til protokollen om tilvalg af konkrete retsakter, og
- procedurebestemmelserne i protokollens artikel 8 om overgang til tilvalgsordningen sammenholdt med procedurebestemmelserne i bilagets artikel 3 og 4 om procedurerne ved de konkrete tilvalg.

Det er vigtigt at gøre sig klart, at det ikke vil være muligt af disse kilder at udlede et specifikt krav om beføjelsesoverladelse på enkelte delområder, fx Europol-området, således som artikel 8, stk. 2 på Schengen-området stiller et specifikt

---

<sup>7</sup> Side 87 i Justitsministeriets redegørelse af 4. december 2007 for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten.



krav om overladelse af beføjelser på dele af Schengen-området. Enten er der et generelt krav i protokolteksten og dens forudsætninger om, at de nødvendige beføjelser skal overlades, eller også er der ikke krav herom. Når spørgsmålet drøftes i det følgende, behandles derfor kun alternativet, at alle nødvendige beføjelser skal overlades, eller at ingen beføjelser kræves overladt for at overgå til tilvalgsordningen.

En fremgangsmåde, hvor Danmark i Bruxelles erklærer sin fulde overgang til tilvalgsordningen, men kun overlader beføjelser på fx Europol-området, bygger således på, at det skulle være foreneligt med protokollen helt at undlade at overlade beføjelser. Derfor er det ikke nødvendigt specifikt at undersøge en sådan variant.

De tre nævnte punkter gennemgås i det følgende.

- ***Det politiske kompromis bag Danmarks tilvalgsordning er afspejlet i præamblen***

Det var såvel i det øvrige EU som i Danmark under traktatforhandlingerne opfattelsen, at den centrale placering, som det retlige samarbejde ville få med Lissabon-traktaten, ville skabe problemer ikke blot for Danmark, men også for EU, hvis Danmark i kraft af det absolutte retsforbehold – som det eneste EU-land – var uden mulighed for at deltage i EU's retlige samarbejde. Opfattelsen kan illustreres ved Europol-eksemplet. Der synes netop bred enighed om, at det vil være et problem både for EU og Danmark, hvis Danmark ikke er fuldt ud med i Europol-samarbejdet.

Danmark var derfor udsat for et betydeligt pres for simpelt hen at opgive retsforbeholdet. Fra dansk side var argumentet herimod, at dette forudsatte en særskilt folkeafstemning såvel efter reglerne i grl. § 20 om beføjelsesoverladelser som på grund af løfterne i det nationale kompromis om ikke at ændre forbeholdet uden folkeafstemning.

Kompromisset i protokol 22 var, at Danmark såvel i EU's som i egen interesse fik mulighed for "til enhver tid" at overgå til tilvalgsordningen, og at den danske regering samtidig afgav et – politisk – løfte om at bruge denne mulighed så snart som muligt, således som det fremgår af præambelen, der siger:

"DE HØJE KONTRAHERENDE PARTER, ... SOM ER SIG BEVIDST, at en videreførelse under traktaterne af den retlige ordning, der findes i Edinburghafgørelsen

[det absolutte retsforbehold], i betydelig grad vil begrænse Danmarks deltagelse på vigtige områder af EU-samarbejdet, og at det vil være i Unionens interesse at sikre EU-rettens integritet på området sikkerhed, frihed og retfærdighed, ØNSKER, at der fastlægges en retlig ramme, som giver Danmark mulighed for at deltage i vedtagelsen af foranstaltninger, der foreslås på grundlag af tredje del, afsnit V, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, og som med tilfredshed noterer sig, at Danmark agter at benytte sig af denne mulighed, når det er muligt i overensstemmelse med sine forfatningsmæssige bestemmelser," (min understregning).

Præambelen afspejler dermed ikke mindst de øvrige EU-landes interesse i, at Danmark får mulighed for at deltage i vedtagelsen af retsakter inden for det retlige samarbejde. Men denne mulighed skabes jo ikke ved en tom overgang til tilvalgsordningen uden den forudsatte overladelse af de fornødne beføjelser. Den skabes kun ved den forudsatte overladelse af de fornødne beføjelser efter grl. § 20.

- ***Danmarks løfte om at overgå til tilvalgsordningen "når det er muligt i overensstemmelse med [Danmarks] forfatningsmæssige bestemmelser".***

De understregede ord i den citerede del af præambelen viser herudover, at Danmarks politiske løfte om at gå over til tilvalgsordningen er betinget af, at de danske forfatningsmæssige regler følges ved overgangen.

Dette løfte til de andre medlemslande er kun meningsfuldt, hvis henvisningen til Danmarks forfatningsmæssige bestemmelser forstås som en henvisning til grl. § 20. En erklæring i EU om, at Danmark overgår til tilvalgsordningen uden en tilhørende overladelse af beføjelser, bevarer jo netop Danmarks status som det eneste EU-land, der ikke har mulighed for at deltage i EU's overstatslige retssamarbejde. Danmark vil nemlig ikke i praksis kunne udnytte tilvalgsordningen, med mindre de nødvendige beføjelser overlades på forhånd. Dette blev fastslået af Justitsministeriet allerede i forbindelse med Lissabon-traktatens indgåelse, som der nærmere redegøres for senere i notatet.

Danmarks egen håndtering af løftet har heller aldrig været, at det kunne opfyldes uden folkeafstemning efter grl. § 20 om overladelse af de fornødne beføjelser. Der har jo altid været flertal i Folketinget for at ændre retsforbeholdet, men dette har aldrig været anset for tilstrækkeligt til at indfri løftet overfor vore EU-partnere.

Danmarks politiske løfte om overgang til tilvalgsordningen når det er muligt i overensstemmelse med Danmarks forfatningsmæssige bestemmelser giver derfor kun mening, hvis Danmarks forfatningsmæssige bestemmelser forstås som en henvisning til grl. § 20 om overladelse af beføjelser.

Kravet om, at Danmarks overgang til tilvalgsordningen skal ske i overensstemmelse med Danmarks forfatningsmæssige bestemmelser, fremgår ikke blot af den her drøftede præambelbestemmelse. Ganske det samme krav fremgår af artikel 8 i protokollen, der regulerer Danmarks overgang til tilvalgsordningen. Som det vil fremgå senere i notatet, må de identisk formulerede krav i præambelens danske løfte og i artikel 8 i protokollen naturligt gives den samme mening. Dette spørgsmål uddybes under behandlingen nedenfor af artikel 8, stk. 1 i protokollen.

- ***Tilvalg på forslagsstadiet er tilvalgsordningens hovedbestemmelse***

Formålet med tilvalgsordningen er nærmere angivet i præamblen til protokol nr. 22. Heri siges bl.a., at de høje kontraherende parter:

*”ØNSKER, at der fastlægges en retlig ramme, som giver Danmark mulighed for at deltage i vedtagelsen af foranstaltninger, der foreslås på grundlag af [afsnittet om det retlige samarbejde], i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, og som med tilfredshed noterer sig, at Danmark agter at benytte sig af denne mulighed, når det er muligt...”*

Formålet er, som det fremgår, at Danmark skal have mulighed for at deltage i **vedtagelsen** af foranstaltninger, der foreslås på grundlag af bestemmelserne om det retlige samarbejde.

Den eneste måde, Danmark kan deltage i **vedtagelsen** af foranstaltninger om det retlige samarbejde, er ved at tilvælge retsakter på forslagsstadiet. Præambelen lægger dermed klart vægten på, at tilvalgsordningen skal muliggøre tilvalg på forslagsstadiet efter artikel 3 i bilaget til protokol 22. Ved tilvalg på forslagsstadiet har Danmark stemmeret og kan derfor deltage i vedtagelsen. Tilvalg på forslagsstadiet bringer med andre ord Danmark tættest muligt ind i samarbejdet. Hertil kommer, at erfaringerne fra UK/Irlands tilvalgsordning har vist, at tilvalg på forslagsstadiet anvendes langt hyppigere end efterfølgende tilvalg. Tilvalg på forslagsstadiet er tilvalgsordningens centrale bestemmelse.

Det er også værd at notere, at det efter præambelteksten er adgangen til at tilvælge retsakter **på forslagsstadiet**, som Danmark – politisk – har lovet at tilslutte sig, når det er muligt.

- ***Tilvalg på forslagsstadiet kan ikke fungere, hvis beføjelserne ikke er overladt på forhånd***

Artikel 3<sup>8</sup> kræver, at et tilvalg af en retsakt på forslagsstadiet skal ske senest tre måneder efter, at Kommissionen har fremsendt et forslag til Rådet. Spørgsmålet er, hvorledes denne bestemmelse vil virke, såfremt Danmark ikke på forhånd har overladt beføjelser til EU, men skal følge proceduren i grl. § 20 i forbindelse med hvert enkelt tilvalg.

Professor Peter Pagh erkender i sit notat, at ” det i praksis næppe vil være muligt at gennemføre en § 20 procedure om overladelse af beføjelser vedrørende [en] konkret retsakt inden for de tre måneder, som er forudsat i artikel 3”. Justitsministeriets forfatningsretlige redegørelse om Danmarks tilslutning til Lissabontraktaten fra 2007<sup>9</sup> sagde på samme måde, at ”Danmark [må] anses for at være uden mulighed for i praksis at anvende ”opt-in” ordningen, hvis en § 20-procedure ikke kan iagttages på forhånd.” Dette udsagn var netop møntet på at tydeliggøre, at en forudgående beføjelsesoverladelser er en betingelse for, at tilvalgsordningen kan fungere.

Ingen kan formentlig være uenig i disse vurderinger. Skal den vanskelige procedure efter grl. § 20, der svarer til grundlovsændringsprocedurer i adskillige andre lande, følges ved hvert enkelt tilvalg, vil det betyde, at tilvalg på forslagsstadiet ikke vil kunne fungere.

Når artikel 3 i bilaget, der er hovedbestemmelsen i tilvalgsordningen, ikke ville kunne fungere, uden at beføjelserne er overladt på forhånd, er det nærliggende at konkludere, at tilvalgsordningen forudsætter, at beføjelserne er overladt på forhånd. Dette bestyrkes, når det erindres, at Danmark som nævnt ovenfor har lovet at overgå til muligheden for at kunne tilvælge retsakter på forslagsstadiet, når det er muligt, og endvidere netop gjort dette løfte betinget af, at proceduren i grl. § 20 om overladelse af beføjelser i denne forbindelse kan gennemføres.

---

<sup>8</sup> Ordlyden af artikel 3, stk. 1 er følgende: ”Danmark kan, inden tre måneder efter at et forslag eller initiativ er blevet forelagt for Rådet i henhold til [traktatens afsnit om det retlige samarbejde], skriftligt meddele Rådets formand, at Danmark ønsker at deltage i vedtagelsen og anvendelsen af sådanne foreslåede foranstaltninger, hvorefter det skal have ret hertil.”

<sup>9</sup> Side 88 i Justitsministeriets redegørelse af 4. dec. 2007 om visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabon-traktaten.

Nogen kan måske tænkes at indvende, at protokollen ikke behøver at blive forstået således, at hovedbestemmelsen i artikel 3 vil kunne anvendes, hvis blot bestemmelsen i bilagets artikel 4 vil kunne finde fuld anvendelse. En sådan påstand er i sig selv ikke forenelig med ordningens formål i protokollens præambel og ej heller foreneligt med Danmarks politiske løfte i præambelen om at tilslutte sig muligheden for at tilvælge retsakter på forslagsstadiet. Men indvendingen undersøges dog for fuldstændigheds skyld.

Ud fra en helt abstrakt og teoretisk tankegang vil det kunne hævdes, at efterfølgende tilvalg, som – bortset fra efterfølgende tilvalg af Schengen-retsakter – ikke er begrænset af nogen tidsfrister, ville kunne fungere uden forudgående overladelse af beføjelser. Man måtte i så fald ved hvert eneste tilvalg først vedtage en lov i henhold til grl. § 20. Enhver der kender det danske politiske system vil vide, at det ikke vil være muligt at afholde mere end 1 eller 2 og allerhøjst 3 folkeafstemninger indenfor en 4-års folketingsperiode. Hertil kommer, at rigtig mange af retsakterne næppe vil blive sendt til folkeafstemning, simpelt hen fordi de ville være for specielle til at sende til folkeafstemning.

Der er således i realiteternes verden meget stærkt begrænsede muligheder for at anvende efterfølgende tilvalg, hvis beføjelserne ikke på forhånd er overladt. Det bestyrker, at man ikke ud fra artikel 4 om efterfølgende tilvalg kan begrunde, at protokollen skulle kunne fortolkes på en måde, som gør artikel 3 uanvendelig. Det er på denne baggrund nærliggende at konkludere, at især artikel 3 om tilvalg på forslagsstadiet forudsætter, at de fornødne beføjelser overlades ved overgangen til tilvalgsordningen.

- ***Procedurereglerne i protokollens artikel 8, stk. 1 om overgang til tilvalgsordningen og i artikel 3 og 4 i bilaget om de konkrete tilvalg***

Vi må til slut se på de procedureregler, der er indeholdt i artikel 8, stk. 1 om Danmarks overgang til tilvalgsordningen og i artikel 3 og 4 i bilaget til protokollen, der indeholder proceduren for de enkelte tilvalg.

Artikel 8, stk. 1 kræver, at Danmarks erklæring i EU om, at vi overgår til tilvalgsordningen, skal være i overensstemmelse med Danmarks forfatningsmæssige regler. Artikel 3 og 4 i bilaget til protokollen, der regulerer de konkrete tilvalg, indeholder ikke det samme krav om, at de enkelte tilvalg skal være i overensstemmelse med Danmarks forfatningsmæssige regler. Her siges blot, at

Danmark skriftligt kan meddele, at det ønsker at tiltræde en given retsakt enten på forslagsstadiet (artikel 3) eller efterfølgende (artikel 4).

Meningen med, at det ikke kræves, at de enkelte tilvalg skal ske i overensstemmelse med Danmarks forfatning, er selvsagt ikke at åbne op for, at de kan ske i strid med grundloven. Den naturlige mening med, at overholdelsen af de forfatningsmæssige regler er nævnt i forbindelse med overgangen til tilvalgsordningen og ikke i forbindelse med de enkelte tilvalg, er, at det er forudsat, at alle de vanskelige grundlovsmæssige procedurer bliver gennemført i forbindelse med Danmarks overgang til tilvalgsordningen, således at tilvalgsordningen kan fungere efter sit formål. De kan ikke udskydes til senere tilvalg af konkrete retsakter med den virkning, at ordningen ikke kan fungere i praksis.

Ud over at dette er den mest naturlige læsning af de to bestemmelser set i sammenhæng, må det veje tungt, at kun denne forståelse af bestemmelserne kan bringe dem i harmoni med de ovenfor gennemgåede punkter, hvorefter

- overgang til tilvalgsordningen skal ske samlet og helt i modsætning til drypvist og delt.
- udtrykket Danmarks "forfatningsmæssige bestemmelser" i relation til Danmarks politiske løfte i præamblen om at overgå til tilvalgsordningen, "når det er muligt", må forstås som en henvisning til grl. § 20. Det danske løfte i præamblen forudsætter dermed, at den tunge § 20-procedure skal gennemføres i forbindelse med Danmarks overgang til tilvalgsordningen. Uden denne forståelse giver løftet ingen mening.
- tilvalgsordningens hovedbestemmelse om tilvalg på forslagsstadiet ikke vil kunne anvendes i praksis, med mindre de fornødne beføjelser er overladt på forhånd.

Det peger med vægt i samme retning, at UKs og Irlands tilvalgsordning er gennemført i de to lande efter netop disse retningslinjer. Den danske tilvalgsordning er en ren kopi af UK/Irlands tilvalgsordning (bortset fra visse særregler for Danmark på grund af vores Schengen-medlemskab), og det er derfor nærliggende at antage, at sigtet har været, at Danmarks tilvalgsordning skal fungere på samme vis som UK/Irlands. For begge de to lande gælder, at der ikke i forbindelse med tilvalg af konkrete retsakter stilles krav om vedtagelse af grundlovsændringer eller lignende vanskelige forfatningsprocedurer, der modsvarer reglerne i grl. § 20.

For Irlands vedkommende gennemførtes de fornødne grundlovsændringer (som svarer til vores beføjelsesoverladelser efter grl. § 20) i forbindelse med Irlands

tilslutning til den traktat, som indeholdt UK/Irlands tilvalgsordning. UK har som bekendt ikke en formel forfatning, men gennemførte den nødvendige forfatningsmæssige lovgivning i forbindelse med indførelsen af tilvalgsordningen. Hverken Irland eller UK skal derfor normalt gennemføre tidskrævende lovgivnings- endsige grundlovsprocedurer i forbindelse med tilvalg af retsakter, som i praksis ville umuliggøre tilvalg på forslagsstadiet. Det er – som nævnt – rimeligt at antage, at det har været forudsat, at Danmark på samme måde ville gennemføre de nødvendige forfatningsretlige procedurer, der muliggør, at tilvalgsordningen kan fungere efter hensigten.

Imod hvad der her er lagt vægt på, kan to argumenter tænkes anført:

For det første, at det er sjældent, at andre lande blander sig i, hvorledes en stat forholder sig til anvendelsen af egne procedurer af grundlovs-mæssig karakter. Inden for EU er en sådan interesse for de nationale forfatningsregler i relation til beføjelsesoverladelse mv. dog ikke ukendt. I forbindelse med Danmarks optagelse i EF i 1972/73 måtte Danmark fx helt detaljeret redegøre for, hvorledes vores medlemskabsforpligtelser kunne gennemføres via anvendelsen af grundlovens § 20. Alle andre nye medlemsstater har været igennem samme proces i forbindelse med deres optagelse i EU.

Hertil kan føjes, at den danske grundlovs § 20 om suverænitetsoverladelse har spillet en central rolle i utallige politiske og retlige drøftelser i EU. Bestemmelsen er uden tvivl en af de bedst kendte forfatningsbestemmelser i Rådets og Kommissionens juridiske tjenester, Som det er fremgået af det ovenfor skrevne, er selve protokollens komplicerede struktur netop tilblevet ud fra forudsætningerne om at en overgang til tilvalgsordningen kræver anvendelse af grl. § 20. Denne indvending er derfor ikke tungtvejende.

For det andet kan det indvendes, at artikel 3 om tilvalg på forslagsstadiet siger, at "Danmark kan... meddele, at det ønsker at tiltræde" en retsakt. Når artiklen anvender ordet "Danmark" og ikke "*regeringen*", som nok ville være en mere normal sprogbrug i internationale forhold, kan det hævdes, at der hermed netop er givet Danmark frie hænder til selv at afgøre proceduren for de enkelte tilvalg. Selv om bestemmelsen ikke indeholder et krav om, at de enkelte tilvalg skal ske efter de danske forfatningsmæssige procedurer, kan det altså hævdes, at bestemmelsen heller ikke udtrykkeligt udelukker en sådan fremgangsmåde. Indvendingen har en vis vægt. Ordlyden beror imidlertid på, at protokollen ikke skulle kunne tages til indtægt for, at beslutning om tilvalg ikke ville kunne behandles i Folketinget. Meningen med ordlyden er således, at bestemmelsen

ikke forbeholder den danske regering beslutningskompetencen i tilvalgssager. Både Irland og UK har således fastlagt procedurer, der på forskellig vis involverer de nationale parlamenter, og udkastet til den danske tiltrædelseslov bestemmer som nævnt, at Europa-udvalgsproceduren skal anvendes ved danske tilvalg.

For det tredje kan det indvendes, at Justitsministeriet i sin gennemgang af tilvalgsordningen i sin forfatningsretlige redegørelse vedrørende Lissabontraktaten<sup>10</sup> ikke har konkluderet, at tilvalgsordningen forudsætter en overladelse af de nødvendige beføjelser ved selve overgangen.

Som anført i indledningen af dette notat konkluderer Justitsministeriets redegørelse, at Danmark vil være uden mulighed for i praksis at anvende tilvalgsordningen, hvis beføjelserne ikke overlades ved overgangen til tilvalgsordningen. Men redegørelsen undersøger ikke den EU-retlige fortolkning af protokol 22 i lyset af denne markante konstatering. Det drøftes således ikke, hvorvidt procedurebestemmelserne for de enkelte tilvalg kan fortolkes således, at de indeholder et forbehold for gennemførelse af forfatningsretlige procedurer, selv om det ikke udtrykkeligt fremgår af ordlyden. Det er heller ikke drøftet, hvad henvisningen i protokollens artikel 8, stk. 1 om overholdelse af de nationale forfatningsmæssige bestemmelser ved overgangen til tilvalgsordningen betyder. Ej heller er tilvalgsordningens formål, som det er angivet i præamblen til protokollen inddraget i fortolkningen. Redegørelsen har heller ikke draget den nødvendige konklusion, at beføjelser under alle omstændigheder skal overlades ved overgangen til tilvalgsordningen på hele det nuværende Schengen-område. Hertil må føjes et yderligere punkt. Det antages normalt, at løftet i det nationale kompromis fra 1993 om ikke at ændre de danske forbehold uden folkeafstemning automatisk opfyldes ved ændring af retsforbeholdet, da en ændring af forbeholdet forudsætter, at der overlades beføjelser efter grl. § 20.

Redegørelsen indeholder ingen omtale af den ejendommelige situation, som ville opstå i forhold til overholdelse af folkeafstemningsløftet, hvis Danmark i EU ændrede det absolutte retsforbehold til en tilvalgsordning, men ikke - overlod beføjelser efter grl. § 20.

Umiddelbart forekommer en sådan situation temmelig uløselig. Det kunne næppe med føje hævdes, at man i en sådan situation kunne undlade at afholde folkeafstemning til opfyldelse af løftet i det nationale kompromis. Omvendt ville en folkeafstemning stort set være meningsløs, da et vælger-ja til omdannelsen af

---

<sup>10</sup> Side 83 ff.



forbeholdet ikke vil have nogen reel virkning. Alle senere tilvalg skulle alligevel underkastes nye folkeafstemninger<sup>11</sup>.

Det er vanskeligt at forestille sig, at dette væsentlige punkt ikke ville være blevet behandlet i redegørelsen, hvis dens sigte havde været muligheden for at ændre det absolutte retsforbehold i EU uden at ændre det i Danmark ved at overlade nye beføjelser. Men redegørelsens fokus var netop et ganske andet, nemlig det rent statsretlige spørgsmål, om beføjelsesoverladelsen kunne ske samtidig med overgangen til tilvalgsordningen og ikke på det her drøftede spørgsmål. Herudover viser dette punkt, at en ændring af det absolutte retsforbehold i EU uden en tilsvarende dansk gennemførelse af løftet i form af overladelse af de nødvendige beføjelser ikke blot rejser problemer i forhold til EU-retten, men også i forhold til folkeafstemningsløftet i det nationale kompromis fra 1993.

- **Konklusion**

Når en EU-bestemmelse efter sin ordlyd og sammenhæng mest naturligt må forstås på en bestemt måde, men hvor en alternativ fortolkning ikke rent sprogligt kan udelukkes, vil den efter EU-retlig praksis blive fortolket på den måde, som bedst harmonerer med EU-ordningens formål og øvrige bestemmelser, og som sikrer bestemmelsens nyttige virkning.

Såvel sammenhængen med de øvrige bestemmelser, der er analyseret i det foregående, som selve formålet med protokolbestemmelserne om Danmarks adgang til at overgå til tilvalgsordningen og selve tilvalgsordningens nyttige virkning tilsiger temmelig entydigt, at overladelsen af de fornødne beføjelser skal være gennemført ved overgangen til tilvalgsordningen.

På denne baggrund må det forekomme helt overvejende sandsynligt, at protokollen skal fortolkes således, at de statsretlige procedurer i henhold til grl. § 20 om overladelse af beføjelser ikke kan udsættes til de enkelte tilvalg, men skal gennemføres i forbindelse med Danmarks overgang til tilvalgsordningen.

*Dette notat er udarbejdet af Per Lachmann.*

---

<sup>11</sup> Reelt vil det samme problem opstå, hvis Danmark overgik til tilvalgsordningen, men kun overlod begrænsede beføjelser fx på Europol og Schengen-områderne. I så fald vil det ikke være klart, om den nødvendige folkeafstemning udtrykte vælgernes samtykke til den fulde overgang til tilvalgsordningen, således at yderligere folkeafstemninger kun var påkrævet, hvis der ikke blev opnået 5/6-flertal i Folketinget for nye beføjelsesoverladelser, eller om vælgernes samtykke kun angik de konkrete beføjelsesoverladelser, således at man efter folkeafstemningsløftet i det nationale kompromis var tvunget til nye folkeafstemninger ved hvert nyt tilvalg uanset om det kunne opnås 5/6-flertal i Folketinget.