

Temaer for EU's næste regeringskonference – et juridisk perspektiv

Af Christian Pilgaard Kristensen, fuldmægtig i Udenrigsministeriets Juridiske Tjeneste*

1. Indledning

Den 23. juli i år fejres 50-året for ikrafttrædelsen af traktaten om Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab. Fejringen sker samtidig med, at Fællesskabet nedlægges, idet traktaten er oprettet for en periode af netop 50 år, jf. dennes artikel 97. Man kunne derfor forestille sig, at festlighederne især vil blive markeret af de morbidt – eller EU-skeptisk – anlagte. Det er dog ikke synderligt realistisk. For med det runde jubilæum markeres også, at EU, som vi kender det i dag, har udviklet sig over et halvt århundrede fra at være et ganske begrænset – om end nyskabende – samarbejde til at være en handlekraftig organisation, der beskæftiger sig med mange forskellige politikområder.

EU's langvarige og gradvise udviklingsforløb rummer også forklaringen på den stigende erkendelse i politiske og andre kredse af, at EU efterhånden trænger til et hovedeftersyn. Hvor tidligere regeringskonferencer primært har føjet nye områder og beslutningsprocedurer til EU-samarbejdet, vil den kommende regeringskonference formentlig især koncentrere sig om samarbejdets grundlæggende struktur og de fundamentale spørgsmål, som en debat herom rejser.

I det følgende vil jeg forsøge at fremhæve et par af de temaer, som regeringskonferencen

må formodes at ville tage stilling til. I udvælgelsen af temaerne har jeg valgt at fokusere på nogle af de emner, som det såkaldte konvent om EU's fremtid i øjeblikket er i færd med at drøfte. Jeg vil navnlig behandle de spørgsmål, som med nogen ret kan anses for at vedrøre medlemsstaternes rettigheder, nemlig spørgsmål vedrørende fordelingen af kompetencer mellem EU og medlemsstaterne (afsnit 4). Jeg vil også – om end mere kortfattet – komme ind på spørgsmålet om borgernes rettigheder, hvor jeg vil drøfte den fremtidige status for EU's Charter for grundlæggende rettigheder (afsnit 5).

Det er navnlig disse temaer, der i EU-debatte kobles sammen med det begreb, der om noget er omgærdet af mystik i EU-regi, nemlig spørgsmålet om en forfatning for EU. Jeg vil derfor indledningsvis forsøge at afgrænse begrebets anvendelse i en EU-kontekst (afsnit 3). Formålet hermed er at opnå en mere nøgtern vurdering af de behandlede spørgsmål, hvis betydning måske ikke står og falder med, om nu også de anses for at være af forfatningsmæssig karakter eller ej. Først vil jeg dog kort beskrive det forum – konventet om EU's fremtid – som er nedsat for at drøfte de nævnte spørgsmål m.fl. (afsnit 2).

2. Konventet om EU's fremtid

I forbindelse med vedtagelsen af Nice-traktaten i december 2000 vedtog stats- og regeringscheferne en erklæring (nr. 23) om Unionens fremtid. I erklæringen opfordres til en bred og inklusiv al-europæisk debat om EU's fremtid frem til den næste regeringskonference; en debat hvis nærmere organisering skulle vedtages af Det Europæiske Råd i december 2001 under Belgiens formandskab. Temaerne for denne proces var udset til bl.a. at være kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne, status for EU's Charter om grundlæggende rettigheder, en forenkling af traktaterne i EU-samarbejdet samt de nationale parlamenters rolle i samarbejdet.

Som opfølgning herpå vedtog Det Europæiske Råd i Laeken, Belgien, i december 2001 en erklæring, hvorved der blev nedsat et forum – konventet om EU's fremtid – der har til formål at drøfte – citat »de væsentligste problemer, som den fremtidige udvikling af EU medfører, og undersøge de forskellige mulige løsninger«. Konventet var fra starten hjulpet godt på vej til at identificere de pågældende problemer, idet erklæringen opremsede ca. 60 spørgsmål under flere, delvist overlappende overskrifter, som det forventedes, at konventet drøftede i løbet af dets ca. ét-årige virksomhed.

Sammensætningen af konventet og dets debatform afspejler ønsket om at skabe et forum, der er andet og mere end den sædvanlige delegation embedsmænd, som traditionelt er sat til at forberede de spørgsmål, som medlemsstaternes regeringer skal afgøre under den kommende regeringskonference. Konventet er sammensat af 3 repræsentanter for hver medlemsstat (1 repræsentant for landets regering og 2 for landets nationale parlament), 16 repræsentanter for Europa-Parlamentet, 2 repræsentanter for Kommissionen samt konventets formand og 2 næstformænd.¹ De lande, med hvem EU har indledt optagelsesforhandlinger, er repræsenteret på

samme måde som medlemsstaterne, om end deres repræsentanter ikke kan modsætte sig en konsensus om spørgsmål, som måtte aftegne sig mellem medlemsstaterne. Hertil kommer en række repræsentanter, der har observatørstatus (fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg, arbejdsmarkedets parter, Regionsudvalget og EU-ombudsmanden).² Konventets debatter og officielle dokumenter er offentligt tilgængelige, ligesom der i tilknytning til konventet er oprettet et forum for organisationer, der repræsenterer civilsamfundet.²

Konventets arbejdsproces er således præget af en høj grad af åbenhed og inddragelse af andre aktører end medlemsstaternes regeringsrepræsentanter. På den måde minder konventet – af mere end blot navn – om det konvent, der udarbejdede EU's Charter for grundlæggende rettigheder. Også det forum arbejdede under en hidtil uset grad af åbenhed og var sammensat af bl.a. medlemsstaternes regeringsrepræsentanter, europa-parlamentarikere og nationale parlamentarikere.

Forummet og den proces, det arbejder under, kan derfor ansues som et led i en bevægelse væk fra de mellemstatslige forhandlinger, der præger forløbet op til indgåelser af traktater (herunder ændringer af EU-traktaten, TEU), og hen imod en proces, der mere kendetegner forfatningsændringer i moderne demokratiske stater.³ Det er med andre ord ikke kun temaerne for konventet om EU's fremtid, som får folk til at tænke i forfatningstermer, men også det debatforum, som konventet repræsenterer. I det lys giver genbruget af »konventmodellen« fra Charteret god mening.

Samtidig er der grund til at tro, at disse inklusive og åbent arbejdende fora fremover vil supplere de traditionelle regeringskonferencer, som nedsættes forud for medlemsstaternes ændringer af TEU, jf. dennes artikel 48.⁴ I hvilket omfang vil dog nok afhænge af, om det foreliggende konvent formår at producere

indstillinger til regeringskonferencen, som medlemsstaternes regeringer anser for egnet til debat – eller med andre ord om konventionen anses for en succes. Det må tiden vise.

3. Forfatning i EU-sammenhæng

Iagttagere af den danske europa-politiske debat vil ikke genkende til påstanden om, at betegnelsen forfatning herhjemme ofte tillægges vidtrækkende betydning. Set i et juridisk perspektiv kan der dog være grund til at tage lidt mere afslappet på terminologien. Adskillige internationale organisationer er således nedsat i henhold til en traktat, der betegner sig som organisationens forfatning, uden at det i sig selv vækker nævneværdig opsigt.⁵

Tilsvarende overbærenhed tilstår ikke EU. Årsagen hertil er selvsagt, at EU i modsætning til de pågældende organisationer er i besiddelse af beføjelser, der på flere måder ligner dem, vi kender i en statslig kontekst. Det er derfor naturligt at betragte EU såvel i perspektivet af en traditionel international organisation som i perspektivet af en forbundsstat, idet EU rummer træk fra begge enheder. Det er som bekendt netop de kendetegn, som ikke præger andre folkeretlige organisationer, der begrunder karakteriseringen af EU som et såkaldt supra-nationalt samarbejde.

Og hvilke træk er det så? Blandt de hyppigst påpegede er den direkte virkning af visse af EU's retsnormer, EU-rettens krav på forrang samt EU-rettens såkaldt præ-emptive virkning i forhold til national ret (dvs. at medlemsstaterne under visse betingelser er afskåret fra at lovgive på et bestemt område).⁶ Blandt disse kendetegn – der kunne suppleres med adskillige andre, såsom den omfattende judicielle kontrol med EU-rettens efterlevelse mv. – er det navnlig den direkte virkning af EU-retten, der anses for dennes særkende i forhold til traditionel folkeret.

I den herostratisk berømte afgørelse, *Van*

Gend en Loos, fra 1963 fastslog EF-Domstolen således, at traktatbestemmelser på visse betingelser kan påberåbes af private (dvs. af fysiske og juridiske personer) ved nationale domstole over for nationale myndigheder.⁷ EF-Domstolen udtalte i den forbindelse, at den anså Fællesskabet for »... et nyt folkeretligt system, til hvis fordel staterne, om end inden for begrænsede områder, har indskrænket deres suveræne rettigheder, og hvis retssubjekter ikke blot er medlemsstaterne, men også disses statsborgere«. På daværende tidspunkt måtte afgørelsen læses således, at fordi EF-retsordenen udgjorde et nyt folkeretligt system, måtte dets retsnormer efter omstændigheder kunne tillægges direkte virkning i medlemsstaterne. I dag udledes en modsat årsagssammenhæng – direkte virkning udgør et særtræk ved EU-retsordenen, der på grund af dette særtræk adskiller retsordenen fra traditionel folkeret.⁸ Det var dog nok også denne tankegang, der reelt prægede EF-Domstolen i 1963, og som røber EF-Domstolens syn på folkerettens kendetegn.⁹

Dette er ikke stedet til at diskutere, i hvor høj grad EU-retten nu også er så væsensforskellig fra folkeretten, som EF-Domstolen påstod dengang, og som det ofte stadig påstås. Væsentligere er det at konstatere, at EU-samarbejdet som sagt rummer træk fra både internationale organisationer og forbundsstater.¹⁰ Det er i den kontekst, at forfatningskvalifikationen af EU må vurderes.

EF-Domstolen har ved flere lejligheder betegnet EU's traktatgrundlag som EU's forfatning.¹¹ Dette kan ikke give anledning til undren al den stund, at forfatningsbegrebet almindeligvis betegner den retlige ramme for en politisk enheds udøvelse af beføjelser.¹² Denne funktion lader sig kun udøve, hvis den retlige ramme tildeles en retskildehierarkisk højere placering end den retlige virksomhed, som rammen har til hensigt at regulere. Dette er netop tilfældet med TEU, idet den bl.a. regulerer de personelle, processuelle og ma-

terielle betingelser for, at EU kan vedtage lovgivning. Det fastslås således udtømmende i TEU hvilken enhed, der kan vedtage lovgivning (eksempelvis Rådet og Europa-Parlamentet), på hvilket område reguleringen kan finde sted (eksempelvis området for det indre marked, jf. EF-traktatens, TEF, artikel 95), samt hvordan denne regulering skal vedtages (i tilfældet indre marked, efter proceduren for fælles beslutningstagen, jf. TEF artikel 251). Derfor kaldes EU's traktatgrundlag også for primær ret og den regulering, der vedtages i henhold til traktaten, for afledt ret.

Også grundlæggende spørgsmål af betydning for forholdet mellem EU og medlemsstaterne vil man typisk høre jurister betegne som forfatningsretlige. Det skyldes som i tilfældet ovenfor, at sådanne spørgsmål vedrører EU's grundlæggende struktur, hvortil selvsagt hører spørgsmål om EU's kompetence i forhold til medlemsstaterne. Derfor har det heller ikke vakt opsigt i juridiske kredse, at EF-Domstolen for nylig betegnede spørgsmålet om valg af den rette hjemmel til at indgå en international aftale som værende af »forfatningsretlig betydning«.¹³

I sammenligning hermed er det slående, at forfatningsbegrebet i andre kredse end de juridiske ofte benyttes på en anden – om end beslægtet – måde, nemlig som en eufemisme for EU's påståede udvikling i retning mod en forbundsstat. Ræsonnementet synes således at følge skabelonen – en forfatning er noget, der vedrører stater; EU minder mere om en forbundsstat end en enhedsstat; alle »forfatningsmæssige« kendetegn ved EU må folgelig være forbundsstatslignende træk.

Den tankegang abonnerer jeg ikke på. Hermed ikke være sagt, at vurderinger af, hvorledes EU politisk og organisatorisk minder om henholdsvis en enhedsstat og en forbundsstat, ikke er interessant læsning.¹⁴ Men det kan være en fordel i juridisk sammenhæng at skelne nøje mellem, hvad der oven-

for er benævnt forfatningsmæssige træk ved EU's traktatgrundlag, og træk, der i tillæg hertil kan udlægges som forbundsstatslige. I de følgende afsnit vil jeg derfor forsøge at redegøre for, hvorfor visse af de problemstillinger, der i øjeblikket diskuteres i konventregi, ikke kan udlægges som potentielle skridt i en forbundsstatslig retning (en udlægning, visse kræfter ellers kunne være interesseret i at forfægte).

På nærværende sted skal blot tilføjes, at uanset hvilke reformtiltag, man enes om på næste regeringskonference, vil EU fortsat bestå som et – af mangel på mere præcise udtryk – *sui generis* retssystem. Dette skyldes, at EU-samarbejdet kun kan betragtes som en (forbunds-)stat, hvis den konstitueres som sådan. Og det vel at mærke af suverænen i den konstituerede enhed – i EU's tilfælde af medlemsstaternes befolkninger. EU hviler i dag på kompetencer, der er tildelt af medlemsstaterne, og dens traktatgrundlag ændres på medlemsstaternes nåde. Som det også er formuleret:

»[EU's traktatgrundlag] ... goes back not to a European people but to the individual Member States, and remains dependent on them after its entry into force. While nations give themselves a constitution, the European Union is given a constitution by third parties.«¹⁵

Det følger med andre ord heraf, at EU's traktatgrundlag skal ændres i en væsensforskellig retning, før traktatgrundlaget kan karakteriseres som en forfatning i en EU-forbundsstat. Det er efter min opfattelse derfor korrekt, når professor Weiler udtaler, at »[i]t is simply a legal and political misconception to imagine that a revision of the institutional structure and decisional process of the Community and Union requires a formal written constitution.«¹⁶

Det kan på den baggrund ikke overraske, at

EU-jurister sjældent anser det for voldsomt oplysende, at en bestemt foranstaltning benævnes forfatningsretlig. Det kan nok tjene til at vække den pågældendes interesse, idet sådanne spørgsmål pr. definition er af mere grundlæggende karakter end andre. Men som med så meget andet er det foranstaltningens nærmere indhold, der har interesse, snarere end dens sproglige kvalifikation.¹⁷

4. Medlemsstaternes rettigheder i EU-samarbejdet – kompetencespørgsmålet

I det følgende vil jeg forsøge at beskrive karakteren af de hjemmelsbestemmelser, der giver EU kompetence til at lovgive med virkning for medlemsstaterne. Jeg vil koncentrere mig om de mest »udskældte« bestemmelser, dvs. de bestemmelser, hvis anvendelsesområde er svær af afgrænse. Endvidere vil jeg give et bud på, hvordan man kunne lette overblikket over de forskellige typer af kompetence, som EU har. Herefter vil jeg kort behandle, på hvilken måde EU for så vidt angår kompetencespørgsmålet adskiller sig fra en forbundsstat. Endelig vil jeg skitsere den rolle, som medlemsstaternes parlamenter evt. vil kunne få i overvågningen af, hvordan EU udøver sine kompetencer.

Baggrunden for fokus på kompetencespørgsmålet

Spørgsmålet om afgrænsningen af EU's beføjelser over for medlemsstaterne er i løbet af de sidste 10 år rykket gradvist op på den europapolitiske dagsorden. Det er der flere grunde til.

Som en medvirkende faktor fremhæves ofte en ændring af det daværende EØF-samarbejde, der fandt sted i forbindelse med vedtagelsen af Den Europæiske Fælles Akt. Med Fællesakten indførtes den nuværende TEF artikel 95, hvorefter Rådet fik adgang til med kvalificeret flertal at regulere forhold, der vedrørte det indre markeds oprettelse og funktion. Denne bestemmelse udnyttedes som bekendt til at vedtage harmonisering på mange forskellige

politikområder. Med indførelsen af bestemmelsen mistede den enkelte medlemsstat på et væsentligt område formelt muligheden for at hindre vedtagelser i Rådet ved blot at stemme imod. Hermed bortfaldt et politisk middel til at sikre, at alle relevante aktører respekterede EU's kompetencefordeling (for så vidt angik initiativer, der faldt ind under artikel 95's anvendelsesområde). Det var derfor naturligt at rette blikket mod andre metoder til at sikre denne kompetencefordeling.

Hertil kommer et andet forhold ved EU-samarbejdet, nemlig at medlemsstaterne – hvad der ikke kan komme som nogen overraskelse – har et forskelligt syn på, hvilken type politisk enhed EU bør udvikle sig til. Dette har også betydning for den vægt, som tillægges afgrænsningen af EU's kompetencer. Som professor de Búrca rammende har skitseret det:

»The political anxiety which is manifested in this debate on the *finalité politique* of the EU reflects the fact that ... the European Union remains an ambiguous entity which eludes satisfactory definition, whether in conceptual, legal or constitutional terms. If the EU continues to be conceived of as a special interest organization or association (to establish a well-functioning European market etc.), the starting point for analysis is to ask what its function or purpose is, what its powers are and what it is designed to achieve. If on the other hand, it is conceived of as a constitutional polity, the assumption is that its function is a more general one of political ordering and government. Clearly, the EU still lies somewhere between these two paradigms ...«¹⁸

Spørgsmålet om kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne nyder således stor politisk bevågenhed, og man må forvente, at en betydelig del af EU-konventets arbejde koncentrerer sig om forslag til, hvorledes denne fordeling klarere kan afspejles i TEU. Også på dette område er det imidlertid lettere at kræve klare linjer end at tilvejebringe dem.

De enkelte hjemmelsbestemmelser nærmere karakter

Udgangspunktet for enhver drøftelse af kompetenceafgrænsning i EU-sammenhæng er TEF artikel 5, stk. 1, hvorefter Fællesskabet handler inden for rammerne af de beføjelser og mål, som Fællesskabet er blevet tillagt ved TEF.¹⁹ Denne bestemmelse kaldes også for attributionsprincippet eller princippet om tildelte beføjelser. Tankegangen bag er klar – EU har kun de beføjelser, som medlemsstaterne har tildelt den.

Det påstås ofte, at visse bestemmelser i TEF reelt udhuler dette princip. Kritikken rammer navnlig TEF artikel 95 og artikel 308 (den såkaldte »gummiparagraf«), der hører til de såkaldt funktionelle hjemmelsbestemmelser.

Fælles for disse bestemmelser er, at de ikke knytter sig til et bestemt politikområde, men derimod hjemler foranstaltninger, der opfylder et bestemt formål eller funktion – for artikel 95's vedkommende tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion, og for artikel 308's vedkommende regulering fra Fællesskabets side, der viser sig påkrævet for at virkeliggøre et af Fællesskabets mål inden for fællesmarkedets rammer, uden at der er hjemmel andetsteds i TEF til at vedtage den pågældende regulering.

Virkningerne af den regulering, der måtte vedtages af EU med hjemmel i disse bestemmelser, er derfor logisk nok heller ikke begrænset til visse nærmere afgrænsede politikområder.²⁰ For at nævne et nyere eksempel: En ingeniør ønskede på et tidspunkt ansættelse i den tyske hær. Eftersom ingeniøren var kvinde, kunne hun imidlertid kun opnå fastansættelse i militærets læge- eller musikkorps. Den pågældende anlagde på den baggrund sag ved de tyske domstole, der forelagde et spørgsmål for EF-Domstolen om den tyske lovgivnings forenelighed med et bestemt rådsdirektiv på området for ligebehandling af

mænd og kvinder.²¹ EF-Domstolen fandt, at den tyske lovgivning stred mod direktivet – eller med andre ord at et bestemt EU-direktiv stillede krav til, hvorledes det tyske forsvar udformede dets ansættelseskriterier.²²

A) Artikel 308

Bestemmelsernes rækkevidde er imidlertid langt fra ubegrænset. For så vidt angår udstrækningen af artikel 308 har EF-Domstolen udtalt, at bestemmelsen ikke kan »... anvendes som hjemmel for en udvidelse af Fællesskabets kompetenceområde ud over den generelle ramme, der følger af traktatbestemmelserne som helhed, navnlig de bestemmelser, hvori Fællesskabets opgaver og virke fastlægges ... [og] under ingen omstændigheder ... som hjemmel for fastsættelse af bestemmelser, der reelt har som konsekvens, at traktaten ændres.«²³ Det vil således ses, at anvendelsen af artikel 308 forudsætter, at en bestemt foranstaltning opfylder et af de formål, som Fællesskabet forfølger – om end konturerne af denne betingelse er svære at tegne abstrakt.

B) Artikel 95 set i forhold til specifikke hjemmelsbestemmelser

Anvendelsesområdet for artikel 95 er noget klarere præciseret. I modsætning til artikel 308 er artikel 95 dog ikke en subsidieret hjemmelsbestemmelse, og derfor opstår der undertiden vanskelige afgrænsningsspørgsmål, når artikel 95 påtænkes anvendt, i forhold til de hjemmelsbestemmelser, der vedrører specifikke politikområder. En foranstaltning, der har til hensigt at lette gennemførelsen af det indre marked, kan jo eksempelvis have afledte virkninger på kultur-, sundheds- eller skattemrådet m.fl.

I en nyere dom fik EF-Domstolen lejlighed til at udtale sig nærmere om forholdet mellem disse forskellige typer af hjemmelsbestemmelser. Sagen vedrørte det såkaldte tobaksreklamedirektiv – direktiv 98/43/EF – der af Europa-Parlamentet og Rådet var ved-

taget bl.a. med hjemmel i den nuværende artikel 95. Direktivet forbød stort set enhver form for reklame for tobaksvarer.

Tyskland anlagde annulationssøgsmål mod Europa-Parlamentet og Rådet med påstand om, at direktivet ikke havde hjemmel i de angivne hjemmelsbestemmelser. Tyskland var af den opfattelse, at direktivet i overvejende grad havde et sundhedspolitisk sigte frem for det formål at lette det indre markeds funktion. Imidlertid følger det af TEF artikel 152, stk. 4, første led, at de foranstaltninger, som Fællesskabet kan vedtage til beskyttelse og forbedring af folkesundheden, ikke må have karakter af harmonisering af medlemsstaternes lovgivning, hvorfor direktivet efter Tysklands opfattelse savnede hjemmel.

EF-Domstolen stod hermed over for et tilfælde, hvor rækkevidden af en funktionel hjemmelsbestemmelse, der tillader harmonisering, skulle afgrænses over for en specifik områdebestemt hjemmelsbestemmelse, der forbyder harmonisering. Om denne problemstilling udtalte EF-Domstolen:

»[TEF artikel 152, stk. 4, første led] indebærer ... ikke, at harmoniseringsforanstaltninger, der vedtages på grundlag af andre af traktatens bestemmelser, ikke kan have indvirkning på beskyttelsen af menneskers sundhed. ... Anvendelsen af andre af traktatens artikler som hjemmel må dog ikke bruges til at omgå den udtrykkelige udelukkelse af enhver harmonisering i [TEF artikel 152, stk. 4, første led].«²⁴

Om artikel 95 udtalte EF-Domstolen følgende:

»Fortolkes denne bestemmelse således, at den giver fællesskabslovgiver en generel kompetence til at regulere det indre marked, er det ikke blot i strid med selve ordlyden af den nævnte bestemmelse, men ligeledes uforeneligt med [attributionsprincippet]. ... Når betingelserne for anvendelse af [artikel 95] ... er

opfyldt [dvs. at foranstaltningen reelt skal have til formål at forbedre vilkårene for det indre markeds oprettelse og funktion, hvortil regnes afskaffelse af mærkbare konkurrenceforvridninger, min bem.], kan fællesskabslovgiver ... ikke forhindres i at anvende denne hjemmel, selv om beskyttelsen af folkesundheden er afgørende for hans valg.«²⁵

På baggrund af disse generelle kriterier fandt EF-Domstolen, at direktivet hverken kunne antages at bidrage til afskaffelse af mærkbare konkurrenceforvridninger mellem medlemsstaternes virksomheder eller til at fjerne hindringer for den fri bevægelighed for reklamemedier og den fri udveksling af tjenesteydelser. Derfor var direktivet ugyldigt.

Dommen viser for det første, at der er grænser for, hvilke foranstaltninger EU-lovgiver kan vedtage på baggrund af artikel 95. Og for det andet, at disse grænser er vanskelige at kortlægge.²⁶ Det vil således altid være en skønsmæssig vurdering, i hvilket omfang en foranstaltning har en direkte frem for en afledt virkning på et bestemt område.²⁷

Efter min opfattelse viser dommen også noget tredje. Nemlig at afgrænsningen af EU's kompetencer ikke nødvendigvis gøres mere præcist ved i overskriftsform at opregne de områder, hvor EU er beføjet til at regulere, og de områder, hvor EU ikke er det. Et eksempel: Bør man i udformningen af EU's handelspolitik undlade at tage sundheds- eller kulturpolitiske hensyn? Det intuitive svar ville vel næppe for de fleste være et rungende ja. Men i det omfang, den pågældende foranstaltning – eksempelvis en aftale med et tredjeland – har været motiveret af de pågældende hensyn, opstår selvsagt spørgsmålet, om EU overhovedet er kompetent til at indgå den pågældende aftale.

Det må i så fald vurderes ud fra de kriterier for hjemmelsvalg, som EF-Domstolen har opstillet. Eksemplet er blot givet for at illu-

strere, at man undertiden vil stå med vanskelige afgrænsningsspørgsmål, når det skal vurderes, om et bestemt forslag, der indeholder flere politiske facetter, har hjemmel i det ene eller det andet afsnit af TEF, hvis det da overhovedet har hjemmel. Og disse spørgsmål vil opstå uanset valget af den måde, hvorpå man afgrænser EU's kompetence.

Tiltag til at fremme overskueligheden

En måde, hvorpå man evt. kunne gøre den nuværende kompetencefordeling mere overskuelig, kunne bestå i at samle de forskellige områder i TEF alt efter karakteren af den kompetence, som medlemsstaterne har tildelt EU.²⁸

Man kunne således lade opbygningen af TEF afspejle den sondring, der almindeligvis foretages mellem de områder, hvor EU har en eksklusiv kompetence, hvor EU deler kompetence med medlemsstaterne, og hvor EU har en supplerende eller komplementær kompetence i forhold til medlemsstaterne.

Ganske kort indebærer eksklusiv kompetence, at EU som den eneste kan regulere på et bestemt område. Medlemsstaterne er således afskåret herfra. Det fremgår ikke nærmere af TEF, på hvilke områder EU har eksklusiv kompetence, men handelspolitikken og området for bevarelse af havets biologiske ressourcer henregnes almindeligvis hertil.²⁹ EU har supplerende eller komplementær kompetence på de områder, hvor EU kun kan støtte, tilskynde eller supplere medlemsstaternes indsats på det pågældende område. EU har således ikke kompetence til at vedtage harmoniseringsforanstaltninger med den virkning, at medlemsstaterne efterfølgende er afskåret fra at regulere det pågældende område. Uddannelses-, kultur- og sundhedspolitik hører til i denne kompetencekategori. Endelig deler EU kompetence med medlemsstaterne på de øvrige politikområder, der er omfattet af TEF. Det betyder, at medlemsstaterne frit kan regulere inden for det enkelte område,

indtil det tidspunkt, hvor det måtte blive reguleret af EU (hvorved den såkaldt præ-emptive virkning af EU-retten indtræder, jf. ovenfor).

Påstanden om den kommende forbundsstat

Det kunne overvejes at føje endnu en kompetencekategori til denne opremsning, nemlig den »kompetence« eller adgang, som medlemsstaterne har til at regulere et bestemt område, i det omfang reguleringen er forenelig med en bestemt forbudsbestemmelse i TEF. Som et eksempel kan nævnes den adgang, medlemsstaterne har efter TEF artikel 30 til at indføre foranstaltninger, der udgør tekniske handelshindringer, forudsat at disse foranstaltninger er begrundet i hensynet til bl.a. den offentlige sædelighed, orden, sikkerhed eller sundhed.

Efter min opfattelse kan denne adgang imidlertid ikke karakteriseres som en kompetence for medlemsstaterne. Forbudet mod nationale handelshindringer følger af TEF artikel 28, hvis nærmere omfang indskrænkes af TEF artikel 30. Den samlede udstrækning af forbudet – eller forholdsnormen, hvis man skal bruge et mere abstrakt juridisk udtryk – ses således kun ved at sammenholde de to bestemmelser. Det er derfor ikke korrekt at betegne artikel 30 som en regel, der tildeler medlemsstaterne en kompetence (dvs. som en kompetencenorm).³⁰

Når dette spørgsmål efter min opfattelse kan have en vis interesse, skyldes det, at spørgsmålet principielt er beslægtet med det overordnede spørgsmål om EU's grundlæggende karakter.

Som nævnt hviler EU på et attributionsprincip, dvs. at EU kun er i besiddelse af de beføjelser, det har fået tildelt af medlemsstaterne. Såfremt man i fremtiden måtte vælge i TEU at indarbejde et kompetencekatalog (i ordets egentlige betydning), der udtømmende

opregnede hvilke beføjelser der tilkommer EU, og hvilke der tilkommer medlemsstaterne, ville det kunne udlægges, som om den nærmere fordeling af kompetencer mellem EU og medlemsstaterne fulgte af TEU. EU-samarbejdet ville i yderste konsekvens dermed ikke længere være baseret på et attributionsprincip. I det tilfælde ville man med rette kunne hævde, at EU-samarbejdet bevægede sig i retning af en forbundsstatslignende konstruktion.

Den udvikling forekommer ikke sandsynlig. Tilbage står derfor den eksisterende kompetencefordeling mellem EU og medlemsstaterne, som med næste regeringskonference selvsagt kan blive ændret på forskellige områder, men som stadig vil hvile på det grundlæggende princip om tildelte beføjelser.

Kompetencefordelingens overholdelse – politisk overvågning

Som sagt kan den nærmere afgrænsning af disse beføjelser være vanskelig at foretage. Denne erkendelse er formentlig en medvirkende årsag til, at konventet om EU's fremtid forventes at drøfte måder, hvorpå man fremover kan sikre iagttagelsen af den kompetencefordeling, som bliver et resultat af næste regeringskonference. Professor Pernice har formuleret behovet for en sådan kontrolfunktion på følgende måde:

»Given the political character of the use of competences in practice as well as the dynamics of interpretation and necessary limits to legal certainty, any attempt to improve the existing situation would fail, if the work at constitutional texts was not coupled with procedural arrangements.«³¹

Det har på den baggrund været foreslået at oprette et organ sammensat af dommere fra medlemsstaterne, der i stil med det franske *Conseil Constitutionnel* fik til opgave at kontrollere foreneligheden af EU-lovgivning med TEU.³² Man kunne også gå en anden vej. Det Euro-

pæiske Råd i Laeken pålagde konventet at undersøge, i hvilket omfang de nationale parlamenter kunne inddrages yderligere i EU-samarbejdet. Den nuværende politiske kontrol med kompetencefordelingen i EU foretages som bekendt af EU-institutionerne og af medlemsstaterne i Rådet. På den baggrund kunne man måske forestille sig et forslag fra konventet om, at der nedsættes et organ bestående af nationale parlamentarikere, der fik til opgave at overvåge, at EU's lovgivende institutioner holdt sig inden for rammerne af TEU, herunder forvaltede subsidiaritetsprincippet loyalt, når de vedtog lovgivning.

Foruden den øgede legitimitet, dette ville give EU-samarbejdet, ville det også være en understregning af, at EU grundlæggende er en institution, der agerer med respekt for medlemsstaternes rettigheder.

5. Borgernes rettigheder i EU-samarbejdet

Den 7. december 2000 blev EU's Charter for grundlæggende rettigheder proklameret af Europa-Parlamentet, Kommissionen og Rådet i forening i forbindelse med Det Europæiske Råd i Nice.³³ Denne lidt aparte vedtægelsesform dækkede over, at man fra medlemsstaternes side ikke var enige om, hvorvidt Charteret burde indføres i TEU og derved blive en juridisk bindende del af EU-retten. Man kunne derimod godt blive enige om at tage spørgsmålet op senere, hvorfor det figurerer i erklæring nr. 23 til Nice-traktaten som et af de spørgsmål, det senere nedsatte konvent skulle drøfte.

Det skal ikke her forsøges nærmere at redegøre for Charterets indhold eller forhold til det eksisterende EU-traktatgrundlag eller til andre rettighedskataloger såsom Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. I stedet vil jeg knytte en kommentar til betydningen af Charteret i relation til den overordnede karakter af EU-samarbejdet.

Med Charterets udarbejdelse signalerede EU's medlemsstater, at EU's borgere indtager en central placering i EU's retsorden. Som dommer Lenaerts m.fl. har formuleret det, er Charteret:

»... the ultimate proof of the focal role that EU citizens have come to play in the European integration process. As a »Bill of Rights« of »a more perfect Union« (Preamble to the US Constitution) the Charter of Fundamental Rights of the European Union could thus serve as a prelude to a European constitution.«³⁴

Med henvisningen til den amerikanske forfatning kunne man godt få den tanke, at forfatterne anser Charteret som et dokument af ikke blot forfatningsmæssig rækkevidde, men også som et dokument, hvis indarbejdelse i EU's traktatgrundlag signalerer et skridt i forbundsstatslig retning. I så fald er jeg ikke enig.

Det er velkendt, at før Charteret så dagens lys, hørte grundrettigheder til blandt de generelle retsprincipper, som EU skal respektere. Rettighedernes overholdelse blev påsat af EF-Domstolen, lang tid før denne forpligtelse med Maastricht-trakaten fandt udtryk i EU's traktatgrundlag, jf. TEU artikel 6, stk. 2. At EU's traktatgrundlag som fortolket af EF-Domstolen derfor rummer forfatningslignende træk på det punkt – idet det i stil med de fleste moderne stater indeholder et menneskeretskatalog³⁵ – har med andre ord været en kendsgerning længe før Charteret.

Hvorvidt Charterets indarbejdelse i EU's traktatgrundlag kan anses for et skridt i retning af en EU-forbundsstat, afhænger efter min opfattelse af noget ganske andet. Nemlig af, i hvilket omfang medlemsstaternes pligtsubjektivitet efter Charteret udstrækkes til at gælde alle områder af nationale myndigheders virksomhed. Eller sagt på en anden måde, om nationale myndigheder efter EU-retten er forpligtet til at overholde Charterets

bestemmelser også i de tilfælde, hvor den konkrete myndighedsadfærd ingen forbindelse har med EU-retten. Såfremt det måtte være tilfældet, ville udstrækningen af Charteret som EU-retsordenens menneskeretskatalog i forhold til medlemsstaterne minde meget om den udstrækning, som føderale menneskeretskataloger i forbundsstater typisk tildeles i forhold til landets delstatsmyndigheder.³⁶

Intet tyder imidlertid på, at dette vil blive tilfældet for Charterets vedkommende.

Det følger således af Charterets artikel 51, stk. 1, at Charterets bestemmelser er bindende for medlemsstaterne, »... når de gennemfører EU-retten«. Det fremgår af Charter-præsidiets forklarende bemærkninger, at bestemmelsen skal forstås i overensstemmelse med EF-Domstolens gældende praksis. Denne fastslår, at medlemsstaterne kun er forpligtet til at overholde de grundlæggende retsprincipper, der anerkendes i EU's retsorden, når medlemsstaterne dels gennemfører EU-retlige bestemmelser i national ret, dels indfører bestemmelser, der hindrer den fri bevægelighed af de fire produktionsfaktorer (varer, personer, tjenesteydelser og kapital), og til støtte for foreneligheden af den pågældende bestemmelse med TEF påberåber sig en af traktaten omfattet undtagelsesbestemmelse.³⁷

Det følger heraf, at hvis Charteret gøres til en bindende del af EU-retten, udvider dette ikke den allerede eksisterende forpligtelse for medlemsstaterne til at respektere de grundrettigheder, der beskyttes i EU-retsordenen. Der er således ikke juridisk belæg for at hævde, at med Charterets evt. indarbejdelse i EU's traktatgrundlag tager medlemsstaterne et skridt mod omdannelsen af EU til en forbundsstat – eller sagt på en anden måde, at med Charteret har stats- og regeringscheferne på den kommende regeringskonference fået serveret »osten i den forbundsstatslige musefælde«. ³⁸

Med Charteret signaleres som sagt, at EU-samarbejdet også retter sig mod borgerne. Dette forhold – sammenholdt med de øvrige kendetegn ved EU's retsorden – befæster indtrykket af EU som et retssystem, der har forfatningslignende træk, dog uden at minde om en stat.

Foreløbig tyder intet på, at de temaer, der vil præge EU's kommende regeringskonference, grundlæggende kommer til at ændre herpå.

Noter

* Tak til Jakob Nymann-Jensen for kommentarer til et første udkast til denne artikel. De synspunkter, der kommer til udtryk i artiklen, er personlige og kan ikke tages til indtægt for Udenrigsministeriets stillingtagen til de behandlede spørgsmål.

1. Som bekendt er der 4 danske medlemmer af konventet, nemlig Henning Christophersen som statsministerens personlige repræsentant, Henrik Dam Kristensen og Peter Skaarup som repræsentanter for Folketinget samt Jens-Peter Bonde som repræsentant for Europa-Parlamentet. Henning Christophersen er endvidere medlem af konventets præsidium – konventets styrende organ – idet Danmark som ét af tre lande vil varetage formandskabet for EU under konventets arbejde. Derudover er Helle Thorning-Schmidt og Lone Dybkjær suppleanter for repræsentanter for Europa-Parlamentet.
2. Konventets hjemmeside findes på adressen <http://european-convention.eu.int/>, hvorfra konventets dokumenter mv. kan hentes, ligesom debatbidrag til konventet kan afgives elektronisk.
3. J.H.H. Weiler: »Treaty amendment is akin to constitutional amendment in the Member States. It should be given the same deliberative weight.«, i indlægget »Conclusions«, side 212, afgivet under en konference organiseret af Kommissionen den 15.-16. oktober 2001 i Bruxelles med titlen »Europe 2004 Le Grand Débat. Setting the Agenda and Outlining the Options« (indlæggene er tilgængelige på <http://www.consuniv.org/postnice/contributions.html>). I relation til Charteret, se også J. Bering Liisberg: »Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of

Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?«, Harvard Jean Monnet Working Paper 04/01, side 5 (tilgængelig på www.jeanmonnet-program.org).

4. Se eksempelvis G. de Búrca: »The drafting of the European Union Charter of fundamental rights«, 26 *European Law Review* (2001), side 138. Ikke alle er dog overbevist om det hensigtsmæssige heri, se eksempelvis Lord Goldsmith: »A Charter of Rights, Freedoms and Principles«, 38 *Common Market Law Review* (2001), side 1208.
5. Se eksempelvis S. Griller: »The Constitutional Architecture«, side 46, der opregner UNESCO, WHO, ILO og FAO som eksempler herpå, indlæg afgivet under en konference organiseret af Kommissionen den 15.-16. oktober 2001, jf. note 3 ovenfor.
6. Se P. Craig: »Constitutions, Constitutionalism, and the European Union«, 7 *European Law Journal* (2001), side 129, samt G.F. Mancini: »The Making of a Constitution for Europe«, 26 *Common Market Law Review* (1989), side 603.
7. Sag 26/62, Saml. 1954-1964, s. 375. EF-Domstolen har efterfølgende fastslået, at også afledt ret under visse betingelser kan have direkte virkning i forholdet mellem private og nationale myndigheder. Dette vel at mærke også for andre retsakter end forordninger, der efter deres form er umiddelbart anvendelige i den nationale retsorden, jf. EF-traktatens artikel 249 (et forhold, der ikke vil give megen mening, hvis forordninger ikke kunne tilstås direkte virkning i medlemsstaterne).
8. Se B. de Witte: »Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order«, side 208, i P. Craig og G. de Búrca (eds.): *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999.
9. Se O. Spiermann: *Moderne folkeret – efter det 20. århundrede*, DJØFs Forlag, 1999, side 434.
10. J.H.H. Weiler: »Architecturally, the combination of a »confederal« institutional arrangement and a »federal« legal arrangement seemed for a time to mark Europe's *Sonderweg* – its special way and identity«, i »Federalism and Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*«, Harvard Jean Monnet Working Paper 10/00, side 3 (tilgængelig på www.jeanmonnet-program.org).
11. Sag 294/83, *Les Verts*, Saml. 1986, side 1365, præmis 23, samt Udtalelse 1/91 (EØS-aftalen), Saml. 1991, side I-6102. I samme retning, se Udtalelse 2/94, Saml. 1996, s. I-1759, præmis 35, hvor EF-Domstolen udtalte, at en tiltrædelse af

- EMRK ville have forfatningsmæssig rækkevidde og derfor ikke kunne finde sted uden traktatændring.
12. D. Grimm: »Does Europe Need a Constitution?«, 1 *European Law Journal* (1995), side 284, K. Lenaerts: »Constitutionalism and the Many Faces of Federalism«, 38 *American Journal of Comparative Law* (1990), side 205, samt J.-C. Piris: »Does the European Union have a constitution? Does it need one?«, 24 *European Law Review* (1999), side 558.
 13. Udtalelse 2/00 af 6. december 2001 (Cartagena-protokollen), endnu utrykt, præmis 5.
 14. Fra dette tidsskrift, se eksempelvis S. Dosenrode og A. Dosenrode: »Den Europæiske Stat: Nogle refleksioner«, 74 *Økonomi & Politik* (2001), side 58. Jeg kan dog ikke dy mig for at påpege, at et af forfatterne proklameret »meget vigtigt« træk ved EU, nemlig at danske borgere kan anlægge sag mod Danmark ved EF-Domstolen, såfremt danske myndigheder ikke overholder EU-retten, ikke er korrekt. I sådanne tilfælde må danske borgere anlægge sag ved nationale domstole, der evt. kan forelægge EF-Domstolen præjudicielle spørgsmål om den nærmere udlægning af EU-retten, jf. TEF artikel 234.
 15. D. Grimm, jf. note 12 ovenfor, side 216. I samme retning S. Griller, jf. note 5 ovenfor, side 49, samt J.H.H. Weiler, jf. note 10 ovenfor, side 2.
 16. J.H.H. Weiler, jf. note 3 ovenfor, side 216. For god ordens skyld præciseres, at professor Weiler her anvender begrebet forfatning som betegnende den øverste retsnorm i en stat og ikke traktatgrundlaget for en organisation.
 17. Tilsvarende med den kommende regeringskonferences slutprodukt, hvor man som jurist gerne følger O. Spiemanns opfordring: »Der er ikke noget grundlag for at formode, at det skulle føre andre fortolkningsresultater med sig, at en tekst benævnes »forfatning« i stedet for »traktat«. ... Alt i alt har ordspillet ikke stor juridisk betydning, og juristen kan roligt overlade valget mellem »traktat« og »forfatning« til politiske kræfter.«, jf. note 9 ovenfor, side 169. I samme retning, se J.-C. Piris, jf. note 12 ovenfor, side 559.
 18. G. de Búrca: »Human Rights: The Charter and Beyond«, side 166, indlæg afgivet under en konference organiseret af Kommissionen den 15.-16. oktober 2001, jf. note 3 ovenfor.
 19. Tilsvarende på området for TEU, jf. dennes artikel 5.
 20. Deraf Koen Lenaerts hyppigt citerede udsagn: »There is simply no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community«, jf. note 12 ovenfor, side 220. Udsagnet gør sig dog ikke kun gældende for den regulering, der kan udstedes med hjemmel i TEF's funktionelle hjemmelsbestemmelser. Også visse af TEF's forholdsnormer – eksempelvis forbuddet mod nationalitetsdiskrimination i TEF artikel 12 – har denne horisontale karakter.
 21. Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling og mænd for så vidt angår adgang til bl.a. beskæftigelse, EF-tidende 1976 L 39/40. Direktivet blev vedtaget med hjemmel i TEF artikel 235, den nuværende artikel 308.
 22. Sag C-285/98, *Tanja Kreil*, Saml. 2000, side I-69.
 23. Udtalelse 2/94, jf. note 11 ovenfor, præmis 30. Det er bl.a. dette udsagn fra EF-Domstolen, som Højesteret henviste til i den såkaldte grundlovs-sag (UfR 1998.800 H) som begrundelse for, at artikel 308 – ligesom TEF's øvrige hjemmelsbestemmelser – ikke fratog Fællesskabets dets karakter af et retssystem, der i nærmere bestemt omfang bygger på tildelte beføjelser.
 24. Sag C-376/98, *Tyskland mod Europa-Parlamentet og Rådet*, Saml. 2000, s. I-8419, præmis 78-79.
 25. Dommens præmis 83 og 88.
 26. EF-Domstolen har således i nær tidsmæssig tilknytning til dommen fundet, at et fuldstændigt reklameforbud for et bestemt produkt efter omstændighederne udgør en handelshindring efter TEF artikel 28, se dom af 8. marts 2001 i sag C-405/98, *Konsumentombudsmanden v. Gourmet International Foods*, endnu utrykt. Dette antyder, at artikel 95 kan anvendes som hjemmel til at harmonisere de nærmere betingelser for, hvornår reklame for bestemte produkter kan forbydes fuldstændigt, se kommentaren til sag C-376/98 af J.A. Usher, 38 *Common Market Law Review* (2001), side 1535.
 27. Se tilsvarende A. Dashwood: »The Limits of European Community Powers«, 21 *European Law Review* (1996), side 121.
 28. Se B. de Witte: »Clarifying the Delimitation of Powers«, side 122ff., indlæg afgivet under en konference organiseret af Kommissionen den 15.-16. oktober 2001, jf. note 3 ovenfor.
 29. Begrebet er kun nævnt i TEF i den nuværende artikel 5, stk. 2, der indføjes med Maastricht-

traktaten, hvorefter subsidiaritetsprincippet kun finder anvendelse på de områder, »som ikke hører ind under [Fællesskabets] enekompetence«.

30. Se sag 35/76, *Simmenthal mod det italienske finansministerium*, Saml. 1976, side 1871, præmis 24: »artikel 36's [nuværende artikel 30] formål er ikke at forbeholde visse områder for medlemsstaternes enekompetence, men artiklen tillader, at der ved national lovgivning gøres undtagelse fra princippet om fri bevægelighed i det omfang, dette er og forbliver begrundet for at nå de i artiklen nævnte mål.
31. I. Pernice: »Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competences of the Union«, side 96, indlæg afgivet under en konference organiseret af Kommissionen den 15.-16. oktober 2001, jf. note 3 ovenfor.
32. J.H.H. Weiler: *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, side 322.
33. Charteret er offentliggjort i EF-tidende 2000 C 364/1.
34. K. Lenaerts og E. de Smijter: »A »Bill« for the European Union », 38 *Comm Law Review* (2001), side 300.
35. Se eksempelvis J.-C. Piris, jf. note 12 de 563.
36. For så vidt angår den amerikanske fortolkning eksempelvis F. Jacobs og K. Karts: »The »Legal Order: The USA and Europe« – A Juridical Perspective«, side 208, Cappelletti, M. Seccombe og J.H.H. Weiler: *Integration Through Law*, Walter de Gruyter, 1998.
37. Se sag 5/88, *Wachauf*, Saml. 1989, side 2609, præmis 19, samt sag C-260/89, *ERT*, Saml. 1991, side I-2925, præmis 43.
38. Inspireret af Jens-Peter Bonde i J.-P. Bonde og E. Olsen: *EU's Charter. Menneskerettighedserklæring eller udkast til forfatning for Europas Følede Stater*, Vindrose, 2000, side 14.