

Demokratisk legitimitet som institutionel dialog. Mellem ret og politik i EU

Diskussionen om den Europæiske Unions demokratiske legitimitet handler blandt andet om samspillet mellem EU's institutioner og om forholdet mellem de folkevalgte og ikke folkevalgte institutioner.



DORTE SINDBJERG MARTINSEN

Professor,
Institut for Statskundskab,
Københavns Universitet¹
Email: dm@ifs.ku.dk

I den engelsksprogede litteratur bliver dette ofte en diskussion af forholdet mellem 'majoritarian' og 'non-majoritarian' institutioner, og hvilke konsekvenser delegationen af beslutningskompetence til 'ikke-flertalsinstitutioner' har for demokrati og legitimitet (Scharpf 1997; Bellamy 2010; Majone 1994). Flertals-institutionerne i EU er Ministerrådet og Europa-Parlamentet, hvor de folkevalgte sidder. De har over årene delegeret stadig flere beslutningskompetencer til ikke-flertalsinstitutioner – der ikke har et egentligt folkevalgt mandat at basere deres beslutninger på. Kommissionen er ikke folkevalgt. Det er den Europæiske Centralbank heller ikke. Netværk af embedsmænd eller eksperter har fået delegerede beføjelser. EU har stadig flere agenturer, som regulerer medlemsstaterne. Og også EU-Domstolen er berømmet for at være en af EU helt tunge magtinstanser, som også er 'non-majoritarian'. Delegationen af magt og indflydelse til sådanne ikke-flertals institutioner er ikke kun kendetegnede for EU, men for national og international politik i det hele taget og kan næppe ruller tilbage. Derfor bliver det afgørende af se på, i hvilken grad sådanne institutioner er underlagt politisk kontrol, og i hvilken grad der foregår en institutionel dialog mellem 'majoritarian' og 'non-majoritarian' institutioner.

En af de berygtede ikke-flertalsinstitutioner er EU-Domstolen, som Domstolen fortolker traktaterne, EU's lovgivning og medlemslandenes love og praksisser ift. EU-retten. Den er blevet beskyldt for at være aktivistisk og/eller politiserende, og at dens fortolkninger udvider EU-integrationen. Samtidig har antagelsen været, at politikerne ikke er i stand til at rulle den retlige integration tilbage, fordi man enten overser konsekvenserne af den retlige integration, eller man ikke kan blive politisk enige om, hvordan man skal forholde sig til Domstolens praksis. Styrkeforholdet mellem ret og politik i EU er således blevet udlagt som ret over politik. Men er det nu også rigtigt, at Domstolen triumferer og får det sidste ord i samspillet med EU's politiske flertalsinstitutioner?

I denne artikel vil jeg se på samspillet mellem retlig og politisk integration inden for det velfærdspolitiske område. I et netop afsluttet forskningsprojekt har jeg undersøgt EU-Domstolens indflydelse på EU's lovgivning, og nedenstående baserer sig på dele af projektets resultater (Martinsen 2015). I projektet blev det undersøgt, i hvilken grad EU's lovgivende institutioner kan dæmme op for en retlig integration, der ud fra et politisk synspunkt er gået for langt. Muligheden for politisk at reagere på retlig integration er for mig at se hel central for analysen af institutionernes legitimitet. Kontrol og institutionel dialog

NOTE 1 Forskningsprojektet, som artiklen bygger på, er blevet støttet af Forskningsrådet for Samfund og Erhverv Financial projekt no. 10-079675/FSE.

med ikke-flertals institutioner er med andre ord en afgørende forudsætning for demokratisk legitimitet i EU's politiske system af delegerede kompetencer. Samtidigt har EU-Domstolen integrationspraksis medvirket til EU's dybere legitimitetskrise, fordi den er blevet set som bannerfører for integrationen uden folkeligt mandat og uden for politisk kontrol. Senest er EU-Domstolen også blevet fremhævet af den engelske regering som en af EU's kritisable institutioner, som der skal dæmmes op for hvis Storbritannien skal blive i EU.²

Teoretiske antagelser om Domstolens politiske betydning

EU-Domstolen har længe været berømt for stille at 'revolutionere' det europæiske samarbejde (Weiler 1994). Siden Hjalte Rasmussen og andre forskere i 1980'erne satte Domstolen på det politiske landkort som en af samarbejdets vigtigste magtinstanser, har vi fået gentaget, at den retlige integration baner vejen for politisk integration uden, at politikerne kan modsætte sig (Weiler 1991; Rasmussen 1986; Stein 1981). Samtidig har vi fået fortalt, at EU's politiske system er et af de mest retsliggjorte, hvor politikerne lydigt retter ind overfor Domstolen (Kelemen 2013; Stone Sweet 2000). Domstolen fortolker traktatens budskab og er 'traktatens mester' (Alter 1998). Den forklarende teoretiske logik for forholdet mellem ret og politik er neo-funktionalistisk. Når Domstolen fortolker traktaten eller EU's sekundære lovgivning, så vil Kommissionen fremsætte ny lovgivning, der foreslår at kodificere Domstolens fortolkninger i generel lovgivning. Politikerne kan eller vil ikke modsætte sig, og på den måde fører retlig integration til politisk integration i en form for selvforstærkende proces (Stone Sweet 2000, 194-203; 2010). Denne neo-funktionalistiske fortolkning ser Domstolen som en dynamisk beslutningstager, bl.a. fordi det politiske system er for fragmenteret til at kunne blive enige om at rulle Domstolen tilbage (Kelemen 2008), hvorfor det bliver retsliggjort. Mindst tre begrundelser for den politiske accept af retsliggørelse fremhæves;

1) Domme er tekniske og fremstår apolitiske. Derfor får de ikke den fornødne politiske interesse. Hvad der burde vække politisk interesse, er kamoufleret af rettens sprog. Bag dette skjold drives integrationen frem (Burley and Mattli 1993).

2) EU politikere – og politikere i det hele taget – er mest optaget af, hvad der rører sig her og nu. De orienterer sig mod deres vælgere, mod det der har umiddelbar politisk interesse, og de ser ikke længere end det næste valg. Den politiske tidshorisont er kortsigtet, mens EU Domstolen har det lange perspektiv. Dommens langsigtede betydning er ikke indenfor den politiske radar (Alter 1998).

3) Endelig er EU's politiske system fragmenteret (Kelemen 2008). Beslutningsprocessen i EU gør det særdeles vanskeligt at etablere det nødvendige flertal, der skulle korrigere Domstolen. Domme, der vedrører traktaten, kan kun ruller tilbage ved traktatændringer, og det er så godt som umuligt, da det kræver enstemmighed mellem medlemsstaterne og efterfølgende ratificering i de nationale parlamenter eller i befolkningerne. Retlige fortolkninger af almindelig lovgivning er også vanskelige at korrigere. Direktiver og forordninger kræver kvalificeret flertal i medlemsstaterne og nu også som oftest flertal i Europa-Parlamentet.

Sådanne barrierer for politisk korrektion synes at bekræfte antagelserne om retsliggørelsen. Imidlertid gør litteraturen ikke meget ud af at undersøge, hvordan politikerne efterfølgende forholder sig til domme, de mener er uhensigtsmæssige eller er gået for langt.

Retlig integration inden for velfærd

Så er der overhovedet en politiske reaktion eller et egentligt samspil mellem retlig og politisk integration i EU inden for det velfærdspolitiske område? Velfærdspolitik er på den ene side national kompetence. På den anden side skal velfærdspolitikken kan leve op til EU's princip om ligebehandling og må ikke hindre det indre marked og dets frie bevægeligheds principper. Hvordan denne balance etableres, har været genstand for fortolkninger ved EU-Domstolen i stor stil. Det sociale område, inkl. sundhedsområdet, er det område, hvor 3. flest sager har været bragt for Domstolen (Martinsen, 2015). Domstolens fortolkninger om social sikring for vandrende arbejdstagere, sundhedsbehandling i andre medlemsstater, ligebehandling, lige løn for mænd og kvinder, sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen mv. er nogle af de områder, hvor Domstolen er blevet beskyldt for at gå for langt eller 'politisere' med sine aktivistiske juridiske fortolkninger.

Som for eksempel herpå kan nævnes, at Domstolen i 1998 dømte, at fri bevægelighed for tjenesteydelser også gælder for sundhedsydelse og senere fulgte op med at konkludere, at det gælder uagtet, hvordan sundhedssystemerne er finansieret eller organiseret. I 2000 konkluderede Domstolen så, at lægers rådighedsvagter, der tilbringes på arbejdsstedet, er en del af de samlede arbejdstid, som ifølge EU's arbejdstidsdirektiv højst må være 48 timer om ugen. Senere i 2007 sendte Domstolen fagbevægelsen og mange andre i 'Laval-chok' ved at dømme fri bevægelighed for tjenesteydelser over konfliktretten (Martinsen 2015 198). Flere domme kunne tilføjes. Dommene havde det til fælles, at de skabte en ubalance mellem den etablerede lovgivning og de dynamiske retlige fortolkninger. De blev set som juridisk aktivisme i færd med enten at underminere velfærdsstaten eller den nordiske arbejdsmarkedsmodel, eller som

NOTE 2 Se David Camerons brev til Donald Tusk af 10. november 2015 "A NEW SETTLEMENT FOR THE UNITED KINGDOM IN A REFORMED EUROPEAN UNION", hvori han betoner vigtigheden af kritisk at adressere domstolens integrationspraksis indenfor fri bevægelighed. Denne kritik er taget med i EU-UK aftalen for februar 2016, ifølge hvilken der skal arbejdes for en politisk aftale, der ruller domstolens udvidelse af retten til familiesammenføring tilbage.

værende godt i gang med at etablere en socialunion uden noget politisk mandat. Endelig medførte dommene et pres på EU Kommissionen for at foreslå lovgivning, der kunne genetablere en forudsigelig og balanceret retstilstand. Kommissionen blev således bedt om – eller tog selv initiativ til – at rydde op efter, hvad nogen så som retligt-skabt kaos. Andre så situationen som et udtryk for nye muligheder.

EU Kommissionen og Domstolen

I udgangspunktet er det altså op til EU Kommissionen, hvordan den mener, man skal forholde sig til retspraksis. Undertiden bliver Kommissionen og Domstolen portrætteret som en enigt makkerpar, hvis vigtigste opgave er at skubbe integrationen fremad. Opfattelsen er her, at domspraksis kan bruges strategisk af Kommissionen til at presse eller overbevise medlemsstater og Europaparlamentarikere om, at de ikke rigtigt har andet valg end at acceptere, hvad Domstolen allerede har sagt: Det er den her vej integrationen går (Schmidt 2000). Domstolen har talt – om I kan lide det eller ej. Påstanden er, at der er tale om to ikke-flertalsinstitutioner, der i tandem får mere at skulle have sagt end de demokratisk valgte institutioner.

Forskningsprojektet viste da også, at Kommissionen forsøger at bruge domspraksis som en autoritativ begrundelse for, at der kun er et afgrænset sæt af valg, man politisk kan træffe. Men analyserne viste også, at Kommissionen ikke har videre succes hermed. Det er der flere grunde til:

1) Kommisærerne er ikke altid enige. Kommisærerne læser ikke dommene på samme måde og kan have forskellige fortolkninger af den samme politiske ramme og hvornår man skal reagere ift. Domstolen. Som for eksempel kan nævnes, da Kommissionen første gang ville fremsætte sit patientret-tighedsdirektiv, for at følge op på Domstolens fortolkninger ift. ret til planlagt behandling i en anden medlemsstat. Efter blandt andet dialog med de socialdemokratiske medlemmer af Europa-Parlamentet, reagerede de social demokratiske kommisærer kraftigt imod forslaget som fremlagt af kommisæren for det indre marked og fik forsinket fremsættelsen af forslaget.

2) Kommissionens forvaltninger – de såkaldte generaldirektorater – kan have forskellige fortolkninger af, hvad Domstolens domme muliggør politisk. Det blev tydeligt indenfor reguleringen af udstationeringsområdet. Efter Laval dommen kom Rüffert og Luxembourg dommene. De domme gik ind og begrænsede medlemsstaternes muligheder for at stille betingelser og kontrollere udstationerende virksomheder. I Kommissionens forslag til et håndhævselsesdirektiv for udstationeringsområdet mente generaldirektoratet for det indre marked, at dommene skulle føre til en lukket liste af kontrolforanstaltninger ift. udstationerende virksomheder, mens generaldirektoratet for sociale anliggender og beskæftigelse argumenterede for en åben liste, der ville give medlemsstaterne bredere mulighed for kontrol.

3) EU's lovgivende institutioner – Ministerrådet og Europa-Parlamentet – har forskellige politiske holdninger til, hvordan man skal besvare Domstolens praksis og kan bevæge sig langt væk fra Kommissionens hensigter og betragtninger. Mere herom om lidt.

Endeligt viste det sig, at Kommissionen ikke altid er på linje med Domstolen. Resultaterne peger på, at når Kommissionen er enig med Domstolen, begrundes forslaget ganske meget med Domstolens egne fortolkninger. Kommissionen vil her formulere initiativer som nødvendighedens politik; 'vi er nødt til at gøre sådan og sådan, for det har Domstolen sagt'. Men når Kommissionen mener, at Domstolen er gået for vidt eller trådt forkert, vil der være få henvisninger til Domstolens praksis, selv om den reelt er helt central. Som en kommissi- onseembedsmand sagde til en konference forleden 'hør nu her, vi kan altså ikke åbent gå imod Domstolen'. Det blev sagt i en diskussion af forslaget til en Monti II forordning, der skulle rette op på efterdønningerne af Laval-chokket.

Mellem ret og politik i EU

EU's lovgivende institutioner deltager med andre ord i et politisk efterspil, når Domstolen bevæger integrationen fremad. Det er et stykke tid siden Domstolen udførte sin 'stille revolution' – uden politisk bevågenhed. Når Kommissionen fremsætter forslag, der begrundes i Domstolens praksis, går den politiske aflæsning og fortolkning i gang. Forskningsprojektet viste ikke mange eksempler på en politisk accept af nødvendighedslogikken: 'fordi Domstolen har sagt det'.

Den politiske glemsel synes heller ikke så udpræget som teoretisk antaget. Hvis politikerne i Ministerrådet eller Europa-Parlamentet synes at glemme, er der en del embedsmænd eller interesseorganisationer, der husker for dem. Embedsmænd i Rådets arbejdsgrupper og de nationale ministerier følger processerne i Bruxelles og hjemme i regeringsbygningerne. Det er dem, der forhandler detaljen med hensyn til forholdet mellem ret og politik. Den demokratiske legitimitet heraf afhænger så igen af tydeligheden af det mandat, det har fået af ministeren, og hvor meget politisk dialog, der bliver ført med ministeren. Europaparlamentarikerne har derimod direkte demokratisk legitimitet og er en forholdsvis ny vetospiller ift. Domstolens indflydelse. Parlamentets udvalg og deres sekretariater har en del institutionel hukommelse, og systemet omkring ordførere og skyggeordførere gør, at parlamentet har sine eksperter på områderne, der husker og sidder på den detalje, der kan gøre forskellen i, hvordan retlige fortolkninger behandles og skrider frem gennem den politiske proces. I såvel spørgsmålet om sundhedsbehandling over grænser, arbejdstid og kontrol foranstaltninger ift. udstationerende virksomheder var europaparlamentarikerne afgørende i processen – omend langt fra altid enige.

Endelig viste det sig, at nok er EU's politiske system fragmenteret, men vigtige kompromisser kan etableres, der kan begrænse konsekvenserne af Domstolens domme. Som i andre politiske systemer er det et spørgsmål om den politiske flertal, i Rådet og Parlamentet hver især og på tværs.

Domstolens indflydelse på EU-politikken

Forskningsprojektet viste, at over tid er EU's politiske institutioner blevet mindre villige til at acceptere en domstolsdrevet forandringsproces. Det synes at være mere politisk opmærksomhed på Domstolen og mindre accept af at generalisere, hvad Domstolen har fortolket frem. Det skal understreges igen, at det kun er undersøgt inden for velfærdsområdet, og det er muligt, at udfaldet ville være et andet, hvis analyserne havde set på politikområder, der er mindre politisk følsomme. Men det interessante ved velfærdsområdet er netop, at der her findes tydelige sammenstød mellem det indre marked og national politik. Lignende eller andre sammenstød vil formentligt også gøre sig gældende inden for miljø, skat, retlige og indre anliggender, transport mv. Projektet viste et politisk afgrænsningsrum for, hvad der bliver effekten af Domstolens domme – hjemme i medlemsstaterne, for borgere og virksomheder.

Ift. patientrettighedsdirektivet, som netop var et forsøg på at forholde sig til Domstolens praksis, foreslog Kommissionens generaldirektorat for det indre marked først at indføre Domstolens retspraksis i servicedirektivet, hvilket ville betyde at patienter kunne tage til en anden EU-medlemsstat og få behandling uden nogen form for forhåndsgodkendelse, bortset fra de ydelser, der kræver indlæggelse på et hospital. Regningen ville bagefter blive betalt derhjemme. Den del af servicedirektivet blev hurtigt taget ud på foranledning af Europa-Parlamentet, ligesom direktivet mere generelt blev udvandet. I forhandlingerne af det efterfølgende direktiv blev muligheden for national kontrol med, hvilke behandlinger man kan få i udlandet udvidet betragteligt, sådan at forhåndsgodkendelsen i dag kan anvendes – og bliver anvendt – for en stor del af ambulante behandlinger, der defineres som højt specialiserede og omkostningstunge. Kommissionen fik ikke meget kontrol med, hvad medlemsstaterne definerer som krævende forhåndsgodkendelse og indtil videre har direktivet da også vist sig at have meget begrænset betydning for patienternes mobilitet. Medlemslandene med deres mere restriktive udgangspunkt ift. grænseoverskridende sundhedsbehandling vandt altså over Domstolen – i denne omgang. Så hvad der i udgangspunktet så ud til at kunne give udvidede rettigheder, er indtil videre ikke blevet til meget. Ved afslutningen på forhandlingerne meddelte Kommissionen da også, at den endelige tekst var på kant med Domstolens praksis – men accepterede det alligevel (Martinsen 2015, 170-172). Kommissionen havde ikke andet valg end at

acceptere den politiske grænse for Domstolens mere liberale udlægning.

Også forhandlingerne på udstationeringsområdet understreger, hvordan retsliggørelse blev mødt med stor politisk modvind. Her ift. den efterhånden berømte kvartet af Laval, Viking, Rüffert og Luxembourg-dommene. De nationale parlamenter – med det danske Folketing i spidsen – smed det gule kort mod Kommissionens Monti II forslag, der skulle rette op efter Laval og Viking dommene. Kommissionen trak sit forslag. Forhandlingerne om håndhævelsesdirektivet for udstationering fortsatte og forholdt sig til bl.a. Rüffert- og Luxembourg-dommene. Den lukkede liste af kontrolforanstaltninger, Kommissionen oprindeligt foreslog, blev afvist og en åben liste blev i stedet vedtaget. Desuden blev kædeansvar for byggeriet vedtaget, selvom det gennem dele af forhandlingerne så ud til at være ude. De medlemsstater, der allerede har kædeansvar fastholdt imidlertid, at det skulle med i direktivet, blandt andet som en form for værn mod Domstolens fremtidige fortolkninger, der måske kunne finde kædeansvar i strid med de frie bevægelighedsprincipper. En form for politisk forebyggelse, der står i modsætning til antagelsen om politikens korte tidshorisont. Og senest i marts 2016 har Kommissionen fremlagt et nyt forslag til revision af udstationeringsdirektivet. Kommissionens forslag giver medlemslandene bred mulighed for at kontrollere de udstationerende virksomheder. Uden at nævne Domstolen fortsætter forslaget den institutionelle dialog mellem ret og politik fra Monti II og håndhævelsesdirektivet og forsøger at rette op på efterdønningerne af retspraksis og Monti II forliset.

Så EU-politikken er med andre ord afgørende for, hvor bred og generel betydning retlig integration får. Det er vigtigt for vores demokratiske diskussion af EU's retlige orden og politiske system. Selv når Domstolen buldrer derudaf, kan politikken komme igen. De politiske svar er langt fra fuldstændige, men består af kompromisser og halve løsninger, som i andre politiske systemer. Men de politiske processer i råd og parlament forholder sig til den retlige integration. Og også Domstolen er nød til at forholde sig til det politiske landskab, hvis den ikke skal løbe ind i for meget national og EU-politisk modstand. Domstolens troværdighed, autoritet og legitimitet kan ikke holde til, at den bliver underkendt for ofte politisk, eller at dens domme ikke bliver efterlevet i medlemsstaterne. Derfor må også Domstolen i Luxembourg læse morgenavisen og forstå de politiske dynamikker derude (Dogan 2013).³

Om vi så skal være bekymrede over, at Domstolen undertiden, er politisk aflæsende er en anden normativ og demokratiteoretisk diskussion.

NOTE 3 Se også Steve Peers blog <http://eulawanalysis.blogspot.dk/2014/11/benefit-tourism-by-eu-citizens-cjeu.html?spref=tw>

LITTERATUR

- Alter, K. (1998) 'Who are the 'Masters of the Treaty'? European Governments and the European Court of Justice'. *International Organization* 52(01):121-47.
- Bellamy, R. (2010) 'Democracy without democracy? Can the EU's democratic 'outputs' be separated from the democratic 'inputs' provided by competitive parties and majority rule?'. *Journal of European Public Policy* 17(1):2-19.
- Burley, A.-M. and Mattli, W. (1993) 'Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration'. *International Organization* 47(01):41-76.
- Dougan, M. (2013) 'The Bubble that Burst: Exploring the Legitimacy of the Case Law on the Free Movement of Union Citizens'. *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford: Hart:132.
- Kelemen, R.D. (2008) 'The Americanisation of European law? adversarial legalism a la Europeenne'. *European political science* 7(1):32-42.
- Kelemen, R.D. (2013) 'Judicialisation, Democracy and European Integration'. *Representation* 49(3):295-308.
- Majone, G. (1994) 'Independence vs. Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in European University Institute'.
- Martinsen, D.S. (2015) *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.
- Rasmussen, H. (1986) *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking*: BRILL.
- Scharpf, F.W. (1997) 'Economic integration, democracy and the welfare state'. *Journal of European public policy* 4(1):18-36.
- Schmidt, S.K. (2000) 'Only an Agenda Setter?: The European Commission's Power over the Council of Ministers'. *European Union Politics* 1(1):37-61. doi: 10.1177/1465116500001001003.
- Stein, E. (1981) 'Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution'. *American Journal of International Law* 75(1):1-27.
- Stone Sweet, A. (2000) 'Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe', in J. Hayward and E.C. Page (eds.), *Governing the New Europe*. Cambridge: Polity Press.
- Stone Sweet, A. (2010) 'The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance'. *Living Reviews in European Governance* 5(2).
- Weiler, J. (1991) 'The Transformation of Europe'. *The Yale Law Journal* 100:2403-83.
- Weiler, J.H.H. (1994) 'A Quiet Revolution The European Court of Justice and its Interlocutors'. *Comparative Political Studies* 26(4):510-34.