

Retsforbeholdet før og nu

Af Poul Skytte Christoffersen

Ambassadør Poul Skytte Christoffersen har en lang karriere i det danske diplomati. Han forberedte bl.a. forhandlingerne om EU's udvidelse med 10 lande, som blev vedtaget på topmødet i København i 2002. Han var dansk EU-ambassadør 1995-2003 og igen fra 2009, indtil han blev særlig rådgiver for EU's første højtstående repræsentant for udenrigsanliggender og sikkerhedspolitik, Cathrine Ashton.

Artiklen bringes med støtte fra Europa-Nævnet. Den vil også blive trykt i det kommende nummer af Udenrigs.

I 1992 var bestemmelserne om 'retslige og indre anliggender under Maastricht af klassisk mellemstatslig karakter, så Danmark tog forbehold over for en samarbejdsform, der endnu ikke eksisterede. Men i dag – efter to årtier med retsforbehold – står Danmark uden for næsten 300 EU-love. Dansk lovgivning kommer derfor i stigende grad til at afvige fra alle andre – også i forhold til de nordiske lande. Næste år står EUROPOL så overfor at blive omdannet til et EU-Agentur, og Danmark risikerer hermed at kompromittere sin tilknytning til det centrale politisamarbejde i EU.

Det danske forbehold over for deltagelse i EU's politik om retslige og indre anliggender har eksisteret i 24 år. Det var en del af Edinburgh afgørelsen fra december 1992 efter det danske nej til Maastricht-traktaten. Siden da har Danmark ikke været med i det samarbejde, der er etableret efter fællesskabsmetoden, men kun i den del, der fortsat befinder sig i mellemstatsligt regi, hvilket nu er en forsvindende lille del. Det er værd at understrege, at det var den juridiske form – og ikke indholdet – vi tog en forbehold overfor i 1992.

Retslige og indre anliggender havde ikke spillet nogen stor rolle i debatten op til afstemningen om Maastricht-traktaten i juni 1992, men det blev alligevel til et

forbehold, fordi der var brug for alle brikker, der kunne anvendes til at skabe et nyt grundlag for en folkeafstemning uden samtidigt at skabe vanskeligheder i EU.

Vi tog forbehold over for en samarbejdsform, som endnu ikke eksisterede. Bestemmelserne om retslige og Indre anliggender under Maastricht var af klassisk mellemstatslig karakter. Dog indeholdt traktaten en mulighed for at overføre dele af samarbejdet fra det mellemstatslige til det overstatslige, den såkaldte EU-metode. Danmark tog forhold over for en sådan udvikling. Edinburgh var et kompromis mellem Danmark og de øvrige: Vi accepterede ikke at blokere for en eventuel kommende brug af den normale EU-metode. De accepterede, at Danmark i så fald skulle have en undtagelse.

EU-metoden blev ikke indført i Maastricht-traktatens levetid, derimod skete der store fremskridt i det konkrete samarbejde. Det vigtigste var udvidelsen af det grænsefri Schengen fra en lille pionergruppe – Tyskland, Frankrig og Beneluxlandene – til også at omfatte Italien, Spanien, Portugal og Grækenland.

Der var en betydelig interesse for Schengen i de tre nye EU-lande fra 1995: Sverige, Finland og Østrig. Norge kom ikke med i EU, da folket endnu engang sagde nej, men ønskede at tilnærme sig EU på andre måder. Schengen var en oplagt mulighed. Danmark blev også interesseret og kunne i hvert fald ikke stå tilbage, hvis de øvrige nordiske lande blev Schengen-medlemmer. Dette ville have ledt til et sammenbrud af den nordiske pasunion. Resultatet blev, at Danmark – sammen med de øvrige nordiske lande – underskrev Schengen-konventionen i december 1996.

Forbeholdene traktatfæstes

I mellemtiden var en ny revision af EU-traktaten – Amsterdam-traktaten – undervejs. Et af de vigtigste resultater af forhandlingerne blev inkorporeringen af Schengen under det normale EU-samarbejde. Foruden grænsekontrol og immigration blev også civilret gjort kommunitært. Vore EU-partnere havde klart forventet, at dette ville lede til en normalisering af Danmarks forhold til EU-

samarbejdet. Det gik lige modsat. Det endte med, at forbeholdene efter dansk krav blev støbt i beton. Edinburgh-afgørelsen var en forpligtende aftale, der ikke ændrede traktaterne. I Amsterdam blev forbeholdene nedfældet i traktaten. Der er en vis ironi i, at vi syv måneder efter undertegnelsen af Schengenkonventionen insisterede på traktatbestemmelser, der fratog os stemmeret i Schengen.

De to ikke-Schengen-medlemmer – Storbritannien med Irland på slæb pga. Nordirlandsproblematikken – fik ligeledes særstatus. Den Britisk-Irske protokol var imidlertid langt mere fleksibel end den danske. Den gav frit valg for deltagelse i individuelle retsakter, svarende til den tilvalgsordning danskerne skal tage stemme om den 3. december. De accepterede således – i modsætning til Danmark – at hvis de ønskede at deltage i en EU-politik, blev det efter EU-regler.

Forhandling om parallelaftaler

Efter traktatens ikrafttræden den 1. maj 1999 blev hele samarbejdet om asyl, indvandring og civilret overført til normal EU-lovgivning. Dette betød, at Danmark gradvist blev sat udenfor, medens Storbritannien og Irland i langt de fleste tilfælde fortsatte deres deltagelse.

Marginaliseringen af Danmark voldte stadig stigende problemer for os selv. Det gjaldt ikke mindst risikoen for udelukkelse fra dele af samarbejdet, som reelt – om ikke formelt – var knyttet til Schengen, herunder deltagelse i EU-versionen af den tidligere Dublin-konvention om hvilket land, der er ansvarligt for behandling af asylansøgere, og EURODAC om udveksling af asylansøgers fingeraftryk. Hvis Danmark ikke kom med, risikerede vi at blive en magnet for asylansøgere fra andre Schengen-lande.

Samtidig så man i erhvervslivet med stigende bekymring på, at Danmark blev udelukket fra en række civilretslige bestemmelser tæt knyttet til det indre markeds funktion, især anerkendelse og fuldbyrdelse af domme på det handelsretslige område og konkursbehandling tværs over landegrænserne.

Danmark indledte derfor forhandlinger med Kommissionen om at finde former for tilknytning, der respekterede forbeholdet.

Som EU-ambassadør var jeg tæt involveret i de afgørende slag. Danmark mødte betydelig modstand især fra Kommissionen og Rådets juridiske tjenester. Den eneste mulighed, der fandtes, var at behandle Danmark som et ikke EU-land og afslutte såkaldte parallelaftaler med os. Denne sammenblanding af stilling som medlemsland og stilling som ikke-medlemsland fandt juristerne yderst betænkeligt. Men deres indvendinger blev fejlet til side fra højere sted. Toppen i Kommissionen ønskede ingen diskussion om, hvorvidt Danmark overhovedet kunne fortsætte som Schengen-land uden deltagelse i Dublin og EURODAC. Hertil kom, at Danmark netop havde gennemført et succesfuldt formandskab med øst-udvidelsen som fornemste resultat. Man ville derfor gerne være venlige over for Danmark. Endeligt fæstede man lid til tilkendegivelser om, at Danmark hurtigst muligt ville gøre op med forbeholdene – i hvert fald i deres daværende form.

Konklusionen blev, at Kommissionen accepterede fire ud af seks danske ønsker om parallelaftaler. Vores anmodning om tilknytning til EU-reglerne om domme i ægteskabssager og om deltagelse i konkursregelsættet blev afvist, men vi fik Dublin, EURODAC, samt på det handelsretlige område forkyndelse og fuldbyrdelse af domme.

Kommissionen etablerede et sæt retningslinjer for, hvornår parallelaftaler overhovedet kunne overvejes, samtidig med at det blev slået fast, at Danmark ikke havde krav på sådanne aftaler: Parallelaftaler måtte

- Kun anvendes i undtagelsestilfælde
- Kun gælde i en overgangsperiode
- Fuldt ud være i Fællesskabets interesse
- Stille samme krav til Danmark som til andre medlemslande.

Efter at Kommissionen var blevet blødgjort, forløb den øvrige del af processen uden vanskeligheder. Det gik let gennem Rådet, og Europa-Parlamentets tilslutning var dengang ikke nødvendig. Men det tog tid. Fra Danmark i

slutningen af 1999 tilkendegav ønsket om aftaler til deres ikrafttræden gik der seks år.

Forfatningstraktaten og Lissabon

I mellemtiden var der sket en kraftig accelerering af det retslige samarbejde især efter terrorangrebene på USA den 11. september 2001. Terrorbekæmpelse kom langt op på dagordenen, herunder vedtagelsen af den europæiske arrestordre, der sikrede hurtig udlevering af forbrydere mellem medlemslandene. Indtil da havde selv dømte terrorister, som der var flygtet til et naboland, kunnet undslippe stafforfølgelse.

Foreløbigt var det meste placeret under det mellemstatslige samarbejde, hvor Danmark kunne deltage. Denne situation varede imidlertid ikke ved. Forhandlingerne om Forfatningstraktaten – senere Lissabon-traktaten – resulterede i, at alt blev overført til normalt EU-samarbejde.

Det stod klart for alle, at konsekvensen ville blive Danmarks gradvise udelukkelse fra samarbejdet. Kravet fra EU's side var en opgivelse af forbeholdet. Fra dansk side pegede vi på en anden tilknytningsform – i det mindste måtte vi have en løsning svarende til den britiske.

Dette blev et dansk hovedkrav under forhandlingerne. Det var ikke let, bl.a. fordi det i begyndelsen så ud til, at briterne var parate til at indskrænke omfanget af deres forbehold, men i slutspurten mistede de modet og fastholdt deres tilvalgsordning uændret. Når de øvrige til sidst lod sig overtale skyldtes det, at den nye danske model i det mindste fjernede sammenblandingen af status som medlemsland og ikke-medlemsland.

Et andet dansk krav blev ligeledes accepteret: For at undgå en folkeafstemning i forbindelse med ratificering af den nye traktat, blev den danske tilvalgsordningen indskrevet i en protokol, som kunne ratificeres senere. Danmark ville vente til tiden var moden til et opgør med retsforbeholdet.

Situationen i dag

Og det er, hvor vi er i dag. Efter to årtier med retsforbehold står Danmark uden for næsten 300 EU-love. I modsætning hertil tilvælger Storbritannien 2/3 af nye retsregler – Irland endnu flere. Dansk lovgivning kommer derfor i stigende grad til at afvige fra alle andres. Det gælder også i forhold til de nordiske lande. Retsområdet var ellers et felt, hvor det nordiske samarbejde havde succes. Nu tilpasses Sveriges og Finlands lovgivning fuldt ud EU, og Norge bestræber sig på systematisk at følge med gennem parallelaftaler og kopiering af EU-ret.

Næste år står EUROPOL overfor at blive omdannet til et EU-Agentur. Hermed risikerer Danmark at kompromittere sin tilknytning til det centrale politisamarbejde i EU. Tiden er blevet overmoden, og derfor skal Danmark til folkeafstemning den 3. december 2015. Vi skal kort sagt beslutte, om vi vil bringe os tættere på 'mainstream-EU' gennem brug af tilvalgsordningen eller acceptere en fortsat øget marginalisering.

Vore EU-partnere har svært ved at forstå, at vi overhovedet kan være i tvivl. Men dansk indenrigspolitik er mere kompliceret end som så. Et flertal af partier – Socialdemokraterne, Det Radikale Venstre, Venstre, Socialistisk Folkeparti og Det Konservative Folkeparti – støtter en tilvalgsordning, men har samtidig besluttet ved en politisk aftale foreløbigt at begrænse dens anvendelse til 29 EU-retsakter inklusive EUROPOL. Hertil kommer eksisterende og fremtidige Schengen-regler.

De har ligeledes aftalt, at stillingtagen til ny EU-lovgivning sker efter en traditionel Europaudvalg-procedure i Folketinget. Eksisterende lovgivning, der ikke er dækket af aftalen, kan kun inddrages ved enighed mellem partierne. Partierne har bundet sig særlig stærkt for så vidt angår asyl- og indvandring, hvor der er enighed om, at "Danmark ikke skal være en del af den lovgivning, som vi i dag står udenfor. Sådan skal det også være i fremtiden". Med statsministerens udtalelse i forbindelse med åbningstalen i folketinget den 6. oktober er det gjort klart, at dansk deltagelse i EU's udlændingepolitik kun kan ske efter en ny folkeafstemning.

Modstanderpartierne vigtigste argument mod tilvalgsordningen er dels juridisk: En overgang til tilvalgsordningen kræver, at Danmark formelt overgiver suverænitet på alle de områder, der i dag er dækket af forbeholdet, selv om overførslen først får konkret virkning, når Danmark tilslutter sig en retsakt. Dels er den politisk: Partierne frygter, at 'et EU-begejstret folketingsflertal' over tiden vil bringe Danmark dybere og dybere ind i det retspolitiske samarbejde.

Modstanderpartierne ønsker – som tilhængerne – dansk deltagelse i EUROPOL, men det skal ske via en parallelaftale. Kan dette ikke lade sig gøre, opstilles et alternativ i form af brug af tilvalgsordningen udelukkende for EUROPOL (I et notat udarbejdet for tænketank EUROPA af Per Lachmann, tidligere EU-retschef i Udenrigsministeriet, argumenteres overbevisende for, at en sådan model strider mod vores tilvalgsprotokol).

En eventuel tilslutning til andre dele af EU-samarbejdet kan herefter ske enten ved nye parallelaftaler, eller ved at tilvalgsordningen udvides til nye områder – hvis dette på forhånd er godkendt i en folkeafstemning. Denne konstruktion er i klar modstrid med aftalen med vore EU-partnere i sin tid og er ikke forenelig med protokollens ordlyd.

Både ja-siden og nej-sidens holdninger er baseret på hypoteser, der kan anfægtes.

Udelukkelse af asyl- og indvandringspolitik

Ja-sidens ønske om, at Danmark skal stå uden for asyl- og indvandringspolitik, fremstiller et billede af, at Danmark i dag står uden for EU-samarbejdet på disse områder. Imidlertid er vi medlemmer af Schengen og tilknyttet Dublinforordningen samt EURODAC gennem parallelaftaler, som også handler om asyl- og indvandringspolitik. Det er positivt, at ja-siden ønsker, at vi fortsat skal deltage i disse instrumenter.

Men udsondringen af udlændingepolitikken til særbehandling har ledt til et skred i fortolkningen af karakteren af retsforbeholdet. Oprindeligt gik det på metoden for deltagelse. Skete det på mellemstatsligt grundlag, var det i orden. Dette har været logikken i vores tilknytning til Schengen-samarbejde og parallelaftalerne. Nu bruges argumentationen snarere på indholdet, som når det hævdes, at vi ikke kan deltage i en byrdefordeling af flygtninge på grund af retsforbeholdet. Juridisk kunne det nemt løses ved brug af bilaterale aftaler.

Som eksempel kan nævnes, at EU har indgået såkaldte tilbagetagelsesaftaler med en række tredjelande, som gør det muligt hurtigt at tilbagesende illegale indvandrere til deres hjemlande. Disse aftaler gælder ikke for Danmark på grund af forbeholdet. I de fleste tilfælde har Danmark i samarbejde med Kommissionen forhandlet separate aftaler for Danmark på plads. EU satser nu stærkt på at afslutte nye aftaler, især med lande i Afrika, hvor de praktiske problemer med hjemsendelse er størst. Skulle den situation opstå, at der ikke kan indgås en separat aftale for Danmark, vil vi stå over for alvorlige problemer, idet illegale indvandrede fra andre EU-lande risikerer at søge mod Danmark, hvor de har mindre risiko for at blive sendt tilbage.

Usikkerheden om, hvorvidt vi deltager i udlændingepolitikken, komplicerer forståelsen af det, der er i spil, og styrker troen på, at spørgsmål om fx byrdefordeling vil gå væk, hvis vi siger nej i folkeafstemningen. Dette er ikke tilfældet. Spørgsmålet vil fortsat være aktuelt uanset udfaldet. Det illustreres bedst ved, at Storbritannien, der har en tilvalgsordning, som den Danmark nu kan få, vil stå over for de samme vanskeligheder som Danmark, hvis Kommissionen som bebudet kommer med forslag om at indbygge et byrdefordelingselement i en ændret Dublin-forordning.

Såfremt Danmark (eller England) ikke tilslutter sig, hvad de øvrige medlemslande måtte blive enige om, må vi udtræde af Dublin-forordningen, med mindre der træffes en anden aftale. Det forekommer usandsynligt, at Danmark fortsat kan drage nytte af Dublin-forordningens bestemmelser uden at påtage sig en form for solidaritet, svarende til den der kræves af de øvrige.

Drømmen om parallelaftaler

Nej-sidens akilleshæl er påstanden om, at det vil være let for Danmark at opnå en parallelaftale med EU om en tilknytning til EUROPOL, der bevarer vor nuværende stilling, eller – hvis dette mislykkes – at forhandle en tilvalgsordning udelukkende vedrørende EUROPOL.

Argumentet om, at det vil være simpelt at få en parallelaftale om EUROPOL, kan ved første øjekast synes besnærende. Vi er for øjeblikket et fuldt medlem af EUROPOL, og 'de har jo ingen interesse i at smide os ud'. Virkeligheden er mere kompliceret. Forhandlingerne om en sådan aftale risikerer at blive endog meget besværlige og langvarige. Det kræves for det første, at Kommissionen fremlægger et forslag. Vi må forudse samme modstand hos juristerne mod sådanne aftaler som sidst. Juristerne vil denne gang have ekstra argumenter.

Da Kommissionen i 2003 fremlagde forslag til de fire parallelaftaler, var en sådan konstruktion den eneste mulige for at sikre dansk tilknytning. Dette er ikke længere tilfældet – Danmark kan anvende sin tilvalgsprotokol. Hertil kommer, at i en situation hvor danskerne måtte have nedstemt brugen af tilvalgsprotokollen, er det svært at argumentere for, at en ny parallelaftale er en 'overgangsløsning', hvilket var en af de betingelser, som Kommissionen i sin tid opstillede.

Når dette er sagt, kan det selvfølgelig ikke udelukkes, at Kommissionen af politiske grunde alligevel beslutter at fremsætte et forslag. Det ligger i EU's 'gener' at man altid forsøger at finde løsninger for et land i vanskeligheder – hvad enten det drejer sig om Grækenland eller Danmark. Bolden ruller i så fald videre til Rådet og medlemsstaterne.

At Danmark har tabt en folkeafstemning vil næppe skabe den bedste baggrund for en smertefri behandling i Rådet. Selv om et nej først og fremmest er et dansk problem, er en tabt folkeafstemning det sidste, som EU har behov for i den nuværende situation. Det vil ikke hjælpe David Cameron i Storbritannien, at EU får endnu et gok i nødden af befolkningen.

Men sammenhængen med BREXIT-problematikken går dybere. Blandt EU-skeptikere i Storbritannien har den danske tilknytning til det retslige samarbejde i EU længe været set som en model, UK burde efterligne. Den danske protokol om tilvalgsordningen er en tro kopi af den tilsvarende britiske, bortset fra Schengen-elementerne. At give Danmark mulighed for et sådant frit valg fra alle hylder, åbner en Pandoras æske i forhold til Storbritannien. Faren for afsmittende virkninger på andre lande vil veje tungt i en række medlemslandes holdninger til parallel-aftaler med Danmark.

Endelig kræver en aftale nu Europa-Parlamentets tilslutning. Der kan igen forudses vanskeligheder. En nærliggende mulighed er, at Parlamentet anmoder EU-domstolen om at afgøre, om en sådan aftale er lovlig. Hvad domstolen i givet fald vil konkludere, står hen i det uvisse

Skulle Danmark være i stand til at komme over alle disse hurdler, opstår spørgsmålet om aftalens indhold. Det er en illusion at tro, at en Danmarks-aftale om EUROPOL vil være mere vidtgående, end aftaler med ikke-medlemslande som Norge.

Den store forskel fra et normalt medlemskab er – ud over den manglende deltagelse i beslutninger om prioriteter og indsatsområder – at man ikke har direkte adgang til EUROPOLs database. Denne adgang er en af de største fordele, og dansk politi er en af de flittigste brugere. Norge derimod må anmode om at få oplysninger fra sag til sag.

Det er ikke af ond vilje, at adgangen til EUROPOLs registre er begrænset. Dels er der databeskyttelseskrav, der skal opfyldes, dels må risikoen for, at oplysninger falder i de forkerte hænder, minimeres, hvilket er et af INTERPOLs store problemer. Den eneste holdbare sondring med hensyn til adgang er at begrænse den til fulde medlemmer.

En nødløsning

Da Danmark i sin tid fik parallelaftaler med EU, var der tale om en nødløsning. Det var aldrig meningen, at de skulle udgøre et permanent svar på et

medlemslands deltagelse i EU-samarbejdet om retslige og indre anliggender. Danmark fik i Lissabon efter vanskelige forhandlinger en tilvalgsprotokol, som muliggør en fleksibel tilslutning. Forkastes den, har Danmark brudt broerne. Der kan i en sådan situation være god grund til – både i Danmark og i EU – at genoverveje Danmarks plads i samarbejdet på retsområdet.

Ville det ikke være mest ærligt at erkende, at vi i en sådan situation må acceptere at stå udenfor, måske med undtagelse af Schengen, hvor der findes en praksis til sikring af vores tilknytning? En fortsat jonglering af tolkningen af forbeholdet mellem et substansforbehold og et metodeforbehold er i længden uholdbar.