

TTIP-netværket
Att.: Kenneth Haar

Advokatpartnerselskab
Rådhuspladsen 4
1550 København V

Tlf. 33 34 00 00
Fax 33 34 00 01
CVR 35 20 93 52
lett@lett.dk
www.lett.dk

Notat om, hvorvidt CETA-aftalen med Canada vil indeholde suverænitetsafgivelse i grundlovens forstand.

11. august 2016
J.nr.: 307830-/LHA

Af advokat Georg Lett, LETT

Georg Lett
Advokat
Dir. tlf. 33 34 03 13
Mail gle@lett.dk

Indledning

1. Med dette notat vurderes, om den tvistløsningsprocedure der er indeholdt i kapitel VIII i den mellem EU og Canada i april 2016 indgående frihandelsaftale,¹ (herefter "CETA-aftalen") indebærer en suverænitetsafgivelse i grundlovens forstand.
2. Tvistløsningsmodellen i CETA-aftalen betegnes generelt som en "ISDS-ordning" (Investor-to-State Dispute Settlement). Tvistløsninger af denne art, hvor en privat investor kan optræde som part i forhold til en stat under en voldgiftsprocedure, er ikke ukendt og genfindes i flere bilaterale handelsaftaler. Imidlertid er der med CETA-aftalen introduceret en ny form for "ISDS", hvor en ad hoc voldgiftsprocedure er erstattet af et fast panel.²
3. Hvis CETA-aftalens bestemmelser om tvistløsning indebærer suverænitetsafgivelse, vil følgen være, at aftalen kun kan indgå med bindende virkning for Danmark under iagttagelse af proceduren i grundloven (herefter "GRL") § 20.

Michelle Albrechtsen
Sekretær
Dir. tlf. 33 34 01 63

Resumé af analyse og konklusion

4. Analysen omfatter to klart adskilte spørgsmål.
5. Det ene spørgsmål er, om en tvistløsningsbestemmelse, som indeholdt i CETA-aftalen, indebærer overgivelse af suverænitet. Her konkluderes, at dette er tilfældet,

¹ Comprehensive economic and trade agreement between Canada, of the one part, and the European Union (and its member) of the other part

² Se Kommissionens pressemeddelelse af 29.2.2016, hvorefter den nydannelse betegnes som et "clear break from the current ad hoc arbitration system to a permanent and institutionalised dispute settlement tribunal" samt samtidig udgivet "summary of final negotiating results"

fordi der er tale om overgivelse af dømmende myndighed med direkte virkning her i landet.

6. Denne undersøgelse behandles under punkt 27 – 62.
7. Det *andet* spørgsmål knytter sig alene til det forhold, at aftalen, så vidt ses, agtes indgået af EU på Danmarks vegne, uanset om der er tale om direkte virkning eller ej. Det må derfor også undersøges, om proceduren efter GRL § 20 skal iagttages som forudsætning for, at EU kan indgå denne aftale.
8. Dette spørgsmål, der for så vidt er præliminært i forhold til det førstnævnte spørgsmål, behandles under punkt 63 – 78.

Indledning om grundlovens ordning

9. Hovedreglen er, at ”kongen” (regeringen) handler på rigets vegne i folkeretlige anliggender, jf. GRL § 19. Dog skal der indhentes samtykke fra Folketinget med almindeligt flertal, bl.a. hvis ”*folketingets medvirken er nødvendig til opfyldelse af forpligtelsen, eller hvis aftaler i øvrigt er af større betydning*”. Regeringens kompetence til at handle ”på rigets vegne”, dvs. i mellemstatslige forhold, betegnes undertiden som regeringsprærogativet.

10. GRL § 20 bestemmer:

”Stk. 1: Beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder, kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde.

Stk. 2. Til vedtagelse af lovforslag herom kræves et flertal på fem sjettedele af folketingets medlemmer. Opnås et sådant flertal ikke, men dog det til vedtagelse af almindelige lovforslag nødvendige flertal, og opretholder regeringen forslaget, forelægges det folketingsvælgerne til godkendelse eller forkastelse efter de for folkeafstemninger i § 42 fastsatte regler.”

11. GRL § 20, der blev indsat i forbindelse med grundlovsrevisionen i 1953, er således udtryk for en begrænsning i regeringsprærogativet i GRL § 19 - også i de tilfælde, hvor der efter GRL § 19 kræves samtykke fra Folketinget, idet det ikke er nok med almindeligt flertal, da der i stedet kræves et kvalificeret flertal (5/6 eller en folkeafstemning), jf. GRL § 20.
12. Selv om ordet ”*suverænitet*” ikke genfindes i lovteksten, antages det normalt og i overensstemmelse med forarbejderne til grundloven, at GRL § 20 er udtryk for, at

aftaler med andre lande, der indebærer ”suverænitetsafgivelse” ikke vil kunne indgås uden at ændre grundloven. GRL § 20 afhjælper denne hindring ved at muliggøre ”suverænitetsafgivelse” ”i nærmere bestemt omfang” uden grundlovsændring.³ Bestemmelsen blev foreslået af professor Max Sørensen, og det fremgår af motiveringen, at tanken var at muliggøre, at myndighedsudøvelse, der efter grundloven er henlagt til danske myndigheder, ikke uden videre kan overlades til at blive udøvet af myndigheder, hvis opgaver og ordning ikke er hjemlet i grundloven. Det er historisk og begrebsmæssigt mere rammende at betragte den i GRL § 20 hjemlede beføjelse, som en hjemmel til at lade supranationale organer, der ikke er hjemlet ved grundloven, overtage visse funktioner, der i øvrigt tilfalder de grundlovsbestemte organer, end at søge at tillægge suverænitetsbegrebet som sådan en selvstændig betydning.⁴

13. På denne baggrund må GRL § 20 afgrænses både opad i forhold til aftaler, der er så omfattende indgreb i suveræniteten, at de ikke kan indgås uden at ændre grundloven og nedad i forhold til traktater, der kan indgås efter den almindelige bestemmelse GRL § 19. Dette notat angår kun den nedre afgrænsning.
14. Højesteret har i flere sager vurderet anvendelsesområdet for GRL § 20. I Højesterets dom af 6. april 1998 i den såkaldte Maastricht-sag (U1998.800H) udtaler Højesteret:

"Anvendelse af den kvalificerede procedure efter GRL § 20 er nødvendig i det omfang, det overlades til en international organisation at udøve lovgivende, administrativ eller dømmende myndighed med direkte virkning her i landet eller at udøve andre beføjelser, som efter grundloven tilkommer rigets myndigheder, herunder beføjelse til at indgå traktater med andre stater."

15. Det er denne autoritative forståelse, der er gentaget i den senere afsagte dom⁵ om Lissabon-traktaten, der vil blive lagt til grund i dette notat.
16. Der foreligger en betydelig mængde materiale, som grundlag for Højesterets forståelse og derudover en række analyser udarbejdet af Justitsministeriet til orien-

³ Om denne forudsætning om at grundloven i den før 1953 gældende udformning retligt set forhindrer (begrænset) suverænitetsafgivelse er undertiden betvivlet. Dette spørgsmål er uden aktualitet, da det er uomtvistet, at GRL § 20 indebærer, at den særlige procedure i GRL § 20, stk. 2 skal følges, når der er tale om en suverænitetsafgivelse som defineret i GRL § 20, stk. 1.

⁴ At udlede et resultat af begrebet ”suverænitet” ville være hvad der i retslæren kaldes og fordømmes som ”begrebsjurisprudens”, jf. herom Ross i Folkeretten.

⁵ U2013.1451H

tering for Folketinget, især i forbindelse med indgåelse af den oprindelige traktat om de europæiske fællesskaber (EØF 1972) og alle senere ændringer heri.⁶

17. Udvalgte dele af disse analyser vil indgå i det følgende.

ISDS aftalers bestemmelser om tvistløsning

18. Den typiske ISDS-bestemmelse indebærer, at en privat investor (typisk en virksomhed), der mener, at en stat indfører regler, der på urimelig eller diskriminerende måde fjerner grundlaget for investeringen og som krænker de forpligtelser, der er pålagt staterne, vil have mulighed for at rejse et krav direkte mod den krænkende stat. Den indebærer dernæst, at et sådant krav kan prøves ved en voldgiftret, der er etableret med det formål at løse denne type konflikter. Såfremt investoren får medhold, vil retsmidlet være erstatning eller eventuelt krav på restitution af ejendomsretten til et gode. Den ret kan dog omsættes til et pengekrav.
19. Den nye CETA-aftale adskiller sig ikke principielt fra disse modeller, uanset at der lægges op til at erstatte voldgiftsretten med et tribunal, og uanset at der indsættes materielle bestemmelser, der er mere begrænsende for de søgsmålsgrunde, som en skuffet investor kan anvende. Der er fortsat tale om, at et krav fra en privat investor, hjemmehørende i et EU-land eller i Canada, kan rejses ved voldgift mod den krænkende stat.
20. Det må antages, at formålet med tvistløsningsmodeller er at forsyne handelsaftalen med en sikkerhedsventil, fordi der politisk er mistillid til, om de nationale domstole vil være tilstrækkelig upartiske til at dømme deres egen stat, også selv om der for så vidt i national ret eller i en koncessionsaftale ville være basis for det.⁷ I CETA-aftalen understreges, at voldgiftsretten/tribunalet ikke skal anvende intern ret, men alene bedømme, om CETA-aftalens bestemmelser er overtrådt. Der er således tale om en folkeretlig vurdering.
21. I dette notat tages der ikke stilling til ønskeligheden eller rimeligheden af en ISDS-model i CETA-aftalen. Det vurderes alene, hvorvidt selve mekanismen med at lade en tvist mod den danske stat, hvor den private investor er part, afgøre i et andet forum end det normale domstolssystem, kan siges at indebære suverænitetsafgivelse. I så henseende er det underordnet, hvordan og hvorvidt denne mekanisme nærmere vil fungere.

⁶ Den redegørelse, der blev udarbejdet forud for indgåelse af Lissabon-traktaten og som indeholder en hel del gentagelser, har Justitsministeriet valgt at opsætte på sin hjemmeside: <http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Arbejdsomraader/International/Grundlov.pdf>, og der henvises derfor især til denne. Et særlig notat fra 2009 handler om Domstolens kompetence, og der er senere udarbejdet notater om suverænitetsopgivelse ved tiltrædelse af bankunionen og patentdomstolen og ophævelsen af det retlige forbehold. Navnlig redegørelsen af 7.5. 2013 om patentdomstolen har interesse i denne sammenhæng.

⁷ Se blandt andet bemærkninger i Juristen nr. 1, 2014, afsnit 2

22. Lissabon-traktaten (TEUF) trådte i kraft den 1. december 2009, hvorved EU blev tildelt (ene)kompetence til at handle inden for området af EU's fælles handelspolitik, jf. TEUF art. 3, stk. 1, litra E. Rækkevidden af denne kompetence er dog et omstridt spørgsmål, og det kan formentlig lægges til grund, at EU ikke har al kompetence inden for området. Det fremgår af aftalen, der er offentliggjort på DG Handels-hjemmeside,⁸ at der i den seneste udgave af CETA-aftalen lægges op til en blandet aftale, hvor såvel EU som de enkelte medlemsstater, er part. Det fremgår ikke, hvorfor der er tale om en blandet aftale.⁹ I medfør af usikkerheden om EU's enekompetencer inden for handelsområdet og den blandede aftale, kan det derfor ikke udelukkes, at der foreligger bestemmelser i CETA-aftalen, der må antages at ligge uden for den fælles handelspolitik. I så fald kan det næppe udelukkes, at en investeringstvist kan angå forhold, hvor det er Danmark og ikke EU, der bliver modpart.¹⁰

Den todelte analyse

23. Den relevante vurdering er, om CETA-aftalen vil kunne indgås efter GRL § 19, således som det må antages at være regeringens opfattelse.
24. Udtrykt på en anden måde, er spørgsmålet i første række, hvorvidt CETA-aftalens ISDS-bestemmelser medfører, at indgåelse af en sådan aftale ikke alene er betinget af Folketingets samtykke jf. GRL § 19, men tillige af, at den særlige procedure i GRL § 20, stk. 2, følges:
25. Denne analyse indeholder som nævnt to adskilte spørgsmål:
- 1) Om den interne virkning her i landet: Er der tale om *"overladelse (til tribunalet/voldgiftsretten) af myndighedsudøvelse med direkte virkning"*
 - 2) Om den udenrigspolitiske kompetence: Er der tale om, at selve indgåelsen af aftalen er en *"beføjelse til at indgå traktater med andre lande"*, som ikke tidligere er overladt til EU.
26. (Et herfra uafhængigt spørgsmål er, om en voldgiftret kan betragtes som en *"international organisation"*, der overhovedet er i stand til at modtage suveræniteten fra Danmark. I benægtende fald kræver overladelsen en grundlovsændring. Dette notat omhandler ikke dette spørgsmål, men alene spørgsmålet, om der er tale om en suverænitetsafgivelse i GRL § 20's forstand. I øvrigt vil ændringen fra en voldgift til et tribunal formentlig eliminere et forbehold i så henseende).

⁸ <http://ec.europa.eu/trade/>

⁹ Ifølge et formelt folketingsspørgsmål rejst, mens CETA aftalen forelå i udkast, er det Danmarks opfattelse, at der er tale om en blandet aftale. Svaret angiver ikke, hvad der baggrunden herfor.

¹⁰ Selv om en ISDS-tvist måtte opstå som en tvist mellem en investor og EU, kunne der være tale om suverænitetsafgivelse, om end analysen ville være noget anderledes. Derfor vurderes spørgsmålet i dette notat alene under den forudsætning at der kan være tale om en tvist mellem en canadisk investor og den danske stat eller mellem en dansk investor og den canadiske stat. Der kan ikke være tale om en strid mellem den danske stat og en dansk investor.

Den interne virkning

Karakteren af myndighedsudøvelsen

27. Det er efter GRL § 20 uden betydning, om myndighedsudøvelse er lovgivende, dømmende eller udøvende.
28. For så vidt angår den beføjelse, der efter CETA-aftalen er tillagt en institutionel voldgiftret, respektive et særligt tribunal til at afgøre investortvister, er der tale om en dømmende funktion.
29. ”Dømmende beføjelse” må rette sig mod selve dommen og de pligter og rettigheder en sådan dom giver udtryk for, i forhold til dem, der er parter i sagen. Det forhold, at tribunalets/voldgiftrettens dom skal eksekveres, hvis den ikke opfyldes frivilligt, hindrer derfor ikke i sig selv, at der er tale om dømmende magt.¹¹
30. Det følger klart af CETA-aftalen, at der er tale om reel dømmende magt - i modsætning til eksempelvis en blot uforbindende vurdering, som de kendes fra flere internationale organer, der har eller tiltager sig beføjelse til at udtale sig om forhold i andre lande. Det hindrer heller ikke karakteren af dømmende magt, at tribunalets /voldgiftrettens afgørelse skal eksekveres, evt. via en fogedret i Danmark. Derimod opstår der et spørgsmål om direkte virkning, jf. straks nedenfor.¹²
31. Der er derimod næppe tale om overgivelse af lovgivningsmæssige beføjelser. Det forhold, at selve CETA-aftalen giver en investor nogle rettigheder, herunder en - om end betinget og begrænset - stand still ret, som er sanktioneret ved en tvistløsningsmekanisme, er ikke i sig selv suverænitetssafgivelse. Suverænitetssafgivelse af lovgivningsmæssige beføjelser forudsætter, at det overgives til en ikke-dansk organisation at udstede fremtidige retsakter.¹³¹⁴

Hvad er direkte virkning?

¹¹ Max Sørensen's artikel fra 1971 Juristen 1971 s. 434f, Grundloven og dansk medlemskab i Europa-fællesskabet, (en analyse Justitsministeriet stedse har henvist til) er af den opfattelse, at EU-domstolens kompetence til at pådømme en tvist mellem Kommissionen og en privat er omfattet af GRL § 20, selv om fuldbyrdelse må ske ved nationale myndigheder. Det, som han ser som et problem, er, at det drejer sig om sager, der ikke kun vedrører danske forhold, hvorfor det ikke er et område, der kan siges at vedrøre en kompetence, som er forbeholdt danske domstole. Ikke desto mindre når han frem til at der er et indgreb i domstolens opgaver efter GRL §63 og dermed suverænitetssafgivelse.

¹² jf. at konventioner om anerkendelse af udenlandske domme udmærket kan indgås via GRL § 19

¹³ Antagelsen af at det kun er fremtidig lovgivning der er suverænitetssafgivelse forudsætter ifølge de dualistiske opfattelse, at indholdet af traktaten straks omsættes til dansk ret, evt. via den lov hvormed aftalen ratificeres. Denne tekniske omsættelse kan ske med almindeligt flertal og er altså ikke suverænitetssafgivelse i grundlovens forstand.

¹⁴ Indirekte kan der være tale om indgreb i lovgivers suverænitet for så vidt som en voldgiftkendelse/ en tribunalaftagelse har potentiale til at foranledige ændring af lovgivning eller hindre en påtænkt lovgivning. Denne indirekte funktion – om end politisk ganske væsentlig og følsom – er imidlertid ikke relevant, og denne indirekte virkning adskiller sig ikke fra andre internationale aftaler (konventioner), der jo også begrænser lovgivers suverænitet, selv om de grundlovsmæssigt er indgået alene efter GRL § 19.

32. Det vil ikke være afgørende, at der er tale om ”*dømmende*” myndighed, hvis denne myndighed ikke har ”*direkte virkning her i landet*”.
33. Højesteret anvender udtrykket ”*direkte virkning her i landet*” uden nærmere specifikation af, hvad dette indebærer. Højesteret har naturligvis været bekendt med Justitsministeriets analyser og har ikke taget afstand fra dem, men har på den anden side heller ikke givet udtryk for, at disse analyser i enhver henseende er korrekte.
34. Det er i Justitsministeriets analyser stedse og konsekvent lagt til grund, at der kun er tale om direkte virkning, hvis der ikke kræves en mellemkommende dansk retsakt eller myndighedshandling for at give en afgørelse effekt her i landet, mens det omvendt er helt uden betydning, hvilken folkeretlig binding, der pålægges Danmark.
35. I forbindelse med indgåelse af den oprindelige EØF-traktat anførte Justitsministeriet som sin vurdering, at kun, når EU (tidligere EØF/EF) udsteder forordninger, er der tale om lovgivende magt, der har ”*direkte virkning*”, mens det samme ikke gælder for direktiver, fordi de er rettet til medlemsstaterne og skal omsættes til dansk ret. Endvidere er der, efter Justitsministeriets opfattelse, kun ”*direkte virkning*” af afgørelser fra en administrativ myndighed, for så vidt angår de bestemmelser i traktaten, der giver mulighed for, at Kommissionen kan træffe afgørelse med en dansk borger, som direkte adressat. I andre tilfælde er der ikke tale om ”*direkte virkning*”.¹⁵
36. Justitsministeriet har i flere senere analyser vurderet, at der ikke er tale om ”*direkte virkning*”, når beslutning, i form af pålæg eller andre myndighedsafgørelser, kommer frem til borgeren fra en dansk myndighed, uanset om den danske myndighed reelt blot viderebefordre en beslutning fra et EU-organ.¹⁶
37. For så vidt angår dømmende magt, har Justitsministeriet i redegørelsen af 7. maj 2013 om patentdomstolen¹⁷ bekræftet, at det forhold, at der tillægges en domstol, der ikke har plads i det EU-retlige system, kompetence til at dømme mellem private, er overgivelse af dømmende myndighed.

¹⁵Denne holdning er principielt aldrig fraveget, uanset direktiver efter EU-retten utvivlsomt kan påberåbes direkte i visse tilfælde og uanset at manglende overholdelse giver borgeren et retskrav på erstatning, hvilket krav kan rettes mod medlemsstaten. Disse indirekte virkninger er for længst fastslået i EU domstolens praksis og generelt anerkendt, men ikke eksplicit behandlet i de Justitsministerielle analyser som udtryk for suverænitetsafgivelse i forhold til EU-traktaten som sådan. Det er fortsat kun enkelte elementer i EU-traktaten, der indebære punktvis suverænitetsafgivelse. Om dette er en holdbar analyse i forhold til netop det særegene EU-samarbejde kan stå hen. I forhold til bedømmelsen i dette notat er det snarere af relevans at påpege, at det oprindelige tænkte område for GRL § 20 netop er almindelige folkeretligt bindende aftaler (såsom CETA) for så vidt de måtte indeholde elementer af supranationalitet.

¹⁶Jf. vurdering af bankunionen

¹⁷Justitsministeriets notat om, hvorvidt dansk tilslutning til aftale om fælles europæisk patentdomstol forudsætter anvendelse af proceduren i grundlovens § 20 af 7. maj 2013

38. Justitsministeriet har derimod stedse antaget, at EU-domstolens domme i præjudicielle sager (jf. TEUF art 267) ikke indebærer suverænitetsafgivelse, selv om det er ganske givet, at sådanne domme er bindende for danske domstole og dermed afgørende for udfaldet af en konflikt mellem private, der verserer ved danske domstole. Denne forståelse har ikke direkte været genstand for vurdering af Højesteret, men den er kritiseret i den statsretlige litteratur¹⁸ og kan ikke uden videre antages at være rigtig. Den danske dommer har intet skøn, og det er da også netop derfor, at den juridiske litteratur antager, at EU-domstolens kompetence til at afsige præjudicielle afgørelser indebærer suverænitetsafgivelse. I forbindelse med den foreliggende problematik, er spørgsmålet imidlertid uden praktisk betydning, for så vidt, der ikke er tvivl om, at kompetencen til at afsige præjudicielle domme, som har været indeholdt i traktaterne siden 1972, har passeret en GRL § 20-procedure. Justitsministeriets opfattelse er således ikke afprøvet, hverken statsretligt eller ved domstolene. Der kan således ikke drages nogen konklusioner om, hvorvidt afgørelser efter ISDS-proceduren har ”direkte virkning”.
39. Efter min opfattelse er det en mere nærliggende indvending mod at betragte en ISDS-afgørelse, som et udtryk for dømmende magt ”med direkte virkning”, end at der hidtil ikke er rejst indsigelse mod den opfattelse, at man via en konvention kan anerkende udenlandske domme, uden at det indebærer suverænitetsafgivelse, jf. eksempelvis Bruxelleskonventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske domme. Dertil kommer, at internationale voldgiftsavgørelser via New York-konventionen¹⁹ kan fuldbyrdes direkte. Det taler imod at anse en ISDS-afgørelse, som dømmende myndighed med ”direkte virkning”.
40. Imidlertid må det være afgørende, at der via ISDS er tale om beføjelser, der i mangel af ISDS-aftalen, ville ligge hos danske myndigheder. Det vil sige, at der tages myndighed fra danske domstole, hvor afgørelsen i modsat fald ville ligge, til en domsmyndighed, der ikke har hjemmel i grundloven, jf. også i denne sammenhæng Justitsministeriets notat om patentdomstolen.²⁰ Sådan vil det nemlig ikke forholde sig, når der blot er tale om at fuldbyrde en afgørelse, truffet eksempelvis af en spansk domstol, der handler inden for sin naturlige kompetence.²¹ For så vidt angår New York-konventionen angår den løsning af tvister, der knytter sig til en aftale mellem to parter, og er begrænset til retsforhold, der udspringer af denne aftale. ISDS-proceduren angår prøvelse af den nationale lovgivning generelt og er

¹⁸ Max Sørensen ibid note 8 mener under tvivl, at der ikke er tale om suverænitetsafgivelse, fordi den endelige afgørelse hører under danske domstole, mens Hjalte Rasmussen under tvivl mener det modsatte, se eksempelvis Juristen 1997 side 293: Europol ratifikation: GRL § 19 eller § 20?

¹⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards af 1958

²⁰ Man kunne indvende at danske domstole aldrig har haft denne kompetence til at afgøre folkeretlige tvister. Det ville de komme til, hvis de skulle afgøre, om den udenlandske investor skulle have erstatning efter CETA aftalen, idet CETA-aftalen jo er en folkeretlig aftale. Det er imidlertid at vende tingene på hovedet. Den rigtige beskrivelse er, at man tillægger et udenlandsk organ en kompetence over for den danske stat, som de danske domstole ikke har. Imidlertid kan der ikke uden at ændre grundloven overføres en sådan kompetence, end ikke via GRL § 20, jf. også 3.2 4 nedenfor. Højesteret har fastslået, at der ikke via GRL § 20 kan skabes ny kompetence, som ikke eksisterer i grundloven,

²¹ Voldgiftaftaler flytter på den anden side klart kompetencen, men kan, når det drejer sig om aftaler mellem private, forklares med at der er tale om en aftalebestemt tvistløsning, jf. at en voldgiftaftale netop kun binder dem, der direkte har tilsluttet sig aftalen om voldgift.

åben for en ubestemt kreds af personer. Denne parallel er derfor heller ikke afgørende.

41. Med denne forståelse er det relevante spørgsmål, om en tvist af den i CETA-aftalen nævnte art, i mangel af aftalens ISDS-bestemmelser, ville falde ind under en dansk dommers (eller EU-domstolens) kompetenceområde.

42. Dette undersøges i det følgende.

Betydningen af, hvem der er sagens parter. Er staten kun folkeretligt bundet?

43. Der er manglende symmetri mellem de to parter.
44. Der er for det første den forskel, at den private part ikke er part i selve CETA-aftalen, og der er derfor ikke tale om, at de, der vil være parter i en tvistløsning, har indgået aftale om privat tvistløsning uden om de normale domstole.
45. Dernæst er selve det forhold, at der er tale om en sammenblanding af folkeret med privat tvistløsning, et forhold, der fører til, at man ikke uden videre kan parallelisere til andre tilfælde.

Den private part

46. Der er ingen tvivl om, at den private investor vil være bundet af den af voldgiftretten/tribunalet truffne afgørelse, for så vidt angår sagens genstand, og at investoren, hvis voldgiftsretten/tribunalet bestemmer, at han har ret til erstatning, kan benytte denne ret her i landet, ved selv direkte og uden nogen anden regerings mellemkomst, at fremsætte krav om erstatning og formentlig også vil kunne eksekvere denne her i landet, eventuelt i form af tvangsfuldbyrdelse i statens ejendomme i tilfælde af, at staten måtte undlade at betale den idømte erstatning.
47. Allerede denne virkning synes umiddelbart at være omfattet af udtrykket "*direkte virkning her i landet*" af domsmyndighed, som ikke er organiseret i henhold til grundloven, og som ikke beror på aftale.
48. Det forhold, at det vil være en udlænding, der er part i sagen, kan næppe være af betydning. Selv om begrundelsen for modviljen mod suverænitetsafgivelse til en vis grad bunder i en uvilje mod, at danske borgere skal være underlagt udenlandsk myndighedsudøvelse uden for det danske grundlovsbestemte institutionelle system,²² er der intet i lovteksten eller Højesterets udlægning heraf, der tyder på, at nationalitet har betydning.

²² Jf. bl.a. litteratur citeret af Zahle (red) Danmarks Riges Grundlov med kommentarer. Det var forfatningsfædrenes opfattelse, at det ville være betænkeligt at overgive dømmende myndighed til organer, der står uden for den danske stats rets- og ansvarssystem.

49. Man kunne snarere anføre, at den private ikke har pligt til at lade sagen afgøre ved voldgift/tribunalet, og at det forhold, at han benytter denne mulighed, kan forstås som en akt, der svarer til at indgå en voldgiftaftale efter tvistens opståen. Dertil kommer, at det følger af CETA-aftalen, at tvistløsning efter ISDS-ordningen ikke præjudicerer, hvilke beføjelser den private i øvrigt måtte have efter national ret. Selvom investoren kan vælge, kan staten ikke. Tvistløsningsorganet er ikke valgfrit for begge parter. Dette kan dog ikke være afgørende.

Staten

50. Den anden part i sagen vil være en stat (der ses her bort fra, at EU kan være part).
51. For så vidt som denne forpligtelse for den danske stat, kunne betragtes som af rent folkeretlig karakter, hvilket teksten i CETA-aftalen generelt understøtter, er der ikke tale om suverænitetsafgivelse. Der er således ikke tale om suverænitetsafgivelse, for så vidt angår folkeretlige tvister mellem Canada og Danmark /EU om CETA-aftalens forståelse, uanset i hvilket forum disse måtte afgøres. GRL § 20 forhindrer ikke, at Danmark, som stat i forhold til andre stater, forbinder sig til at afgøre folkeretlige tvister på en vis måde.
52. Imidlertid er mellemfolkelige anliggender efter GRL § 19 den ret, der gælder for retsforholdet mellem stater, og en privat investor kan ikke have folkeretlig handleevne.²³ Hvis en aftale er omfattet af GRL § 19 er det dermed kun de i aftalen omfattede stater, der kan optræde som procesparter – og ikke investorerne. CETA-aftalen er dog udformet på en sådan måde, at investorerne – og ikke den udenlandske stat – kan optræde som procespart i en sag mod værtslandet. Forholdet kan dermed ikke betragtes som omfattet af GRL § 19. Det er i den forbindelse uden betydning, hvorledes folkeretten defineres i den juridiske litteratur, og hvem der efter disse definitioner er retssubjekt/påtaleberettiget inden for folkeretten.²⁴ Disse definitioner af folkeretten er retsdogmatiske opfattelser, der ikke ændrer ved fortolkningen og anvendelsesområdet af GRL § 19, da der er ikke holdepunkter for, at bestemmelsen omhandler andet end retsforholdet mellem stater.
53. Alternativt kunne tvisten betragtes som privatretlig således, at staten forpligtes efter almindelige erstatningsregler for brud på en aftale eller som følge af reglerne om erstatning uden for kontrakt. En sådan privatretlig erstatningspligt ligger imidlertid udenfor, hvad CETA-aftalen tilsigter at skabe. Som nævnt er CETA-aftalen uden præjudice for privatretlige krav baseret på national lovgivning.

²³ Zahle, Grundloven s.181

²⁴ Bland andre Ross, Folkeretten s. 124 *anfører*, at der ikke er noget i vejen for, at individet – inden for folkeretten – kan være rettighedsbærende og dermed påtaleberettiget. Se også Spiermann, der i *Moderne Folkeret* (1. udg.), s. 453, *anfører*, at Folkeretten ikke kan defineres som ret, der gælder mellem stater, men at folkeretten også gælder for eller mellem andre retssubjekter. Se også U.2009B.277 af Schiersing, der *anfører*, at det i den klassiske folkeretlige dogmatik antages, at alene stater, men ikke individer, er retssubjekter inden for folkeretten, således at et individ ikke selv kan sagsøge en stat for brud på statens folkeretlige forpligtelser.

54. Der er derfor tale om en *sui generis* tvistløsning, der ikke falder ind under det folkeretlige regelsæt og/eller institutionelle system. Den passer ikke ind i nogen af de kendte juridiske rammer. Den opretter et supranationalt organ, der giver en privat udenlandsk part mulighed for at få prøvet, om den nationale lov er i overensstemmelse med en folkeretlig forpligtelse. Afgørelsen kan fuldbyrdes direkte her i landet.
55. Det er netop denne karakter, der medfører, at der er tale om at oprette en institution uden for det grundlovsbestemte område i GRL § 19. Det må derfor antages, at indførelsen af ISDS-proceduren forudsætter, at proceduren i GRL § 20 skal følges.

Mulige indvendinger

Andre ISDS-aftaler

56. Det kan indvendes, at denne konklusion harmonerer dårligt med, at man rent faktisk har indgået flere bilaterale aftaler med tilsvarende ISDS-klausuler. Denne indvending er ikke overbevisende; dels har flere af disse aftaler drejet sig om investering via en koncession, hvor der foreligger en forudgående aftale mellem staten og investor, og dels er det i sig selv ikke et forsvar, at man eventuelt tidligere har undladt at anvende GRL § 20.²⁵ Omfanget har ikke været af en art, der kan etablere en forfatningsretlig sædvane med grundlovskraft.²⁶

EMK analogien

57. En mere nærliggende indvending er, at det synes at være generelt accepteret, at den Europæiske Menneskerettighedskonvention EMK er en normal international aftale, der er og kan indgås efter GRL § 19, uanset at der hertil er knyttet en tvistløsning, nemlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, (EMD), der også behandler sager mellem en privat, der mener sig krænkede, og den danske stat. Domstolen kan også tilkende "*just satisfaction*" i form af et pengekrav.
58. På den anden side er der så væsentlige forskelle mellem et investorsøgsmål og en EMD sag, at den eventuelle sædvaneretlige undtagelse, der måtte dække EMD, ikke kan udstrækkes til at dække CETA-aftalen.

*Analogi til selve EU-traktaten*²⁷

²⁵ Denne type bilaterale aftaler har i øvrigt været af en art hvor det lå uden for realpolitikken at forestille sig, at det var Danmark, der forsyndede sig. Det har været med stater, med ustabile magtstrukturer, hvor det udelukkende var de danske investorers interesser der begrundede aftalen. Aftalens gensidighed har været meget formel. Dette er ikke i sig selv afgørende for en strikt analytisk tilgang, men taler stærkt imod en retssædvaneargumentation

²⁶ Det er almindeligt antages inden for offentligt, at en fejl ikke skaber en "berettigede forventninger" hos andre, jf. blandt andet Garde m.fl. i Forvaltningsret, Almindelige Emner, side 253 ff.

²⁷

59. Det forhold, at en privat kan anlægge sag mod en medlemsstat og kræve erstatning for retsbrud, er for længst fastslået af EU-domstolen, som en vigtig del af EU-retten. Derfor kan man hævde, at der ikke er noget særegent i, at der også i andre mellemstatslige aftaler, der arbejder for fri varebevægelighed, indføres en ordning, hvorefter en privat kan være part. Det fremgår imidlertid utvetydigt af EU-domstolens lære om det direkte erstatningskrav, at EU-retten adskiller sig fra andre internationale aftaler ved at betragte borgeren som retssubjekt i EU-retten. Derfor er en EU-retlig analogi ikke anvendelig. Tværtimod kan der netop foretages en modsætningsslutning fra EU-rettens anerkendelse af, at private kan have et erstatningskrav, til at dette ikke er en normal del af almindelige internationale aftaler, der kun er folkeretligt bindende. Derfor kan ISDS-metoden ikke via en analogi til EU-traktaten siges blot at være en særlig international domstol, der dømmer på almindeligt folkeretligt grundlag. I øvrigt har EU-traktaten jo netop passeret GRL § 20-proceduren.

Det folkeretlige element i forhold til danske domstoles kompetence:

60. Det er som nævnt ovenfor ikke et vægtigt argument, at danske domstole ikke ”*selv har den kompetence*” som voldgiftsretten/tribunalet nu får, og at der derfor analytisk set ikke er tale om en ”*overførsel*”, men om en ”*nyskabelse*”. Det er vel rigtigt, at danske domstole ikke har en kompetence til direkte at bedømme folkeretlige tvister mellem staterne, men det er givet og mange gange verificeret, at danske domstole har en pligt til så vidt muligt at fortolke enhver dansk lov i overensstemmelse med de traktater, Danmark har indgået. Derfor ville ganske samme spørgsmål, som tribunalet skal tage stilling til, let falde under en dansk domstols kompetence.
61. Dertil kommer, at EU-retten ikke hylder den dualistiske teori. Derfor kan EU-domstolen fortolke traktater, som EU har indgået som en del af EU-retten, og dette gør EU-domstolen da også uden tøven, og denne del af EU-retten er via tidligere suverænitetsafgivelser blevet en del af danske ret. Endelig er det i sig selv en nødvendig forudsætning for overhovedet at kunne oprette ISDS-proceduren, at der er tilsvarende kompetence i det grundlovsbestemte system, idet man i modsat fald slet ikke kunne oprette voldgiftsretten/tribunalet uden at ændre grundloven, end ikke via GRL § 20.

Konklusionen

62. Konklusionen forbliver derfor uændret. Det forhold, at der overlades dømmende myndighed til en voldgiftsret/et tribunal i en tvist, hvor den ene part ikke er et folkeretssubjekt, og hvor staten kan pålægges pligt til at betale erstatning, kan betragtes som suverænitetsafgivelse, for så vidt som man derved overlader det til et – uden for grundloven stående – organ, at træffe afgørelse i en sådan tvist og dermed at udøve dømmende myndighed, der har direkte virkning her i landet. Dette kan kun ske efter proceduren i GRL § 20.

Udenrigspolitisk kompetence

63. Under dette punkt vurderes, om det vil være suverænitetsafgivelse i grundlovens forstand, at Danmark overlader det til EU at indgå en investeringsbeskyttelsesaftale. Analysen er relevant, hvis der ikke måtte være tale om en blandet ordning, eller hvis det gøres gældende, at ISDS-delen indgås af EU på Danmarks vegne.
64. Beføjelsen til at indgå en aftale med Canada kan ikke overlades til EU, uden at denne overladelse af traktatkompetence har passeret GRL § 20. Det er i denne forbindelse helt uden betydning, om der er tale om direkte virkning. Det er selve traktatkompetencen, der er en beføjelse, som ikke kan overlades til en udenlandsk myndighed, her EU.²⁸
65. Der vil dog ikke være tale om ny suverænitetsafgivelse, hvis beføjelsen til at indgå traktater af denne art allerede er overladt ved en traktat der er vedtaget i kraft af GRL § 20. Det fremgår klart af Højesterets dom i Lissabon-sagen²⁹ at tydeliggørelsen af en allerede eksisterende kompetence, ikke indebærer ny suverænitetsafgivelse.
66. I denne forbindelse bør nævnes, at en generel overordnet hjemmel for EU til at indgå traktater på medlemsstaternes vegne, er at finde i Lissabon-traktaten dels i TEUF art. 3, stk. 2,³⁰ og dels TEUF art. 216, der findes i traktatens femte del om ”*unionens optræden udadtil*”. Disse to bestemmelser er nye og først indsat ved Lissabon-traktaten, der ikke var gennem proceduren efter GRL § 20.
67. Derfor opstår spørgsmålet, om TEUF art. 216, reelt er en *udvidelse* af eksisterende EU-kompetencer eller blot en *præcisering* af, hvad der allerede gælder efter Maastricht eller Amsterdam traktaterne, der begge har passeret GRL § 20. Dette kan anskues overordnet for ”*alle traktater*”, eller specifikt for bestemte typer af traktater.
68. Justitsministeriets redegørelse om Lissabon-traktaten bygger på den forudsætning, at der i et vist (snævert) omfang kan være tale om, at Lissabon-traktaten via TEUF art. 216 indeholder en udvidelse af, hvad angår omfanget af EU’s udenrigspolitiske kompetence, (dog ikke på det handelspolitiske område jf. straks nedenfor). Samme argument fremførte Justitsministeriet i Lissabon-sagen, men Højesteret tog ikke stilling til spørgsmålet. Det kan derfor ikke lægges til grund, at Højesteret støtter

²⁸ Dette er erkendt i Justitsministeriets analyser, jf. følgende citat fra redegørelsen om Lissabon-traktaten: ”*Skal aftalerne [dvs. de internationale aftaler]... være folkeretligt forpligtende for medlemsstaterne, som var de indgået umiddelbart mellem medlemsstaterne og det pågældende tredjeland mv., vil der som udgangspunkt være tale om overladelse af beføjelser, der efter grundlovens § 19, stk. 1, tilkommer regeringen*”.

²⁹ U2013.1451H

³⁰ Den indeholder bestemmelser om unionens enekompetence og bestemmer, at unionen har enekompetence til at indgå internationale aftaler, når der er hjemmel hertil i en retsakt, eller når ”*den er nødvendig for at give unionen mulighed for at udøve sin kompetence på internt plan, eller for så vidt det kan berøre fælles regler eller ændre deres rækkevidde*”.

Justitsministeriets opfattelse om, at Lissabon-traktaten alene indeholdt en præcisering af suverænitetssafgivelser i tidligere traktater.

69. Justitsministeriet vælger dog i sin redegørelse at komme uden om dette tilsyneladende problem ved at hævde som en generel antagelse, at ingen af de traktater, som EU måtte indgå, er direkte folkeretlig bindende for medlemsstaterne i forhold til de pågældende tredjelande, med hvem aftalerne er indgået. Derimod er traktaterne kun bindende for EU selv og for medlemsstaterne i forhold til EU. Justitsministeriet vælger – uanset at dette reelt er irrelevant – også at påpege, at der formentlig ikke vil være tale om nye former for internationale aftaler med direkte virkning, se nærmere redegørelsen punkt 32 – 42.
70. Godtages denne argumentation, synes den logiske følge at være, at den tidligere overladte traktatkompetence til EU må være begrænset til aftaler, der ikke er folkeretligt bindende for medlemsstaten, men kun binder EU som organisation over for det tredjeland, med hvem den indgås. En sådan forståelse kan imidlertid ikke med rimelighed lægges til grund, for så vidt angår en handelsaftale, der indeholder en tvistløsning, hvor Danmark er part eller kunne være part. Det ville nemlig ikke give nogen mening at gøre Danmark til pligtmæssig part i en ISDS-voldgift og samtidig hævde, at CETA-aftalen ikke var bindende for Danmark i forhold til Canada. Det kan altså logisk set kun være tale om allerede overladt kompetence, hvis det kun er EU, der kan være part i en ISDS-aftale. Mens der for så vidt angår tilfælde, hvor Danmark skal være part, må være tale om ny kompetence, der ikke er overladt.
71. Dette er i sig selv ikke noget problem, hvis det kan antages, at det er Danmark og ikke EU, der er den kompetente part, for så vidt angår netop kapitel 8 om investorbeskyttelse. Hvis det er en blandet aftale, og hvis det er Danmark der er part, for så vidt angår netop kapitel 8, er der jo tale om, at Danmark selv suverænt indgår aftalen, ikke EU.
72. Dette fører imidlertid til en modsigelse, jf. følgende analyse:
73. Under Lissabon-sagen gjorde sagsøgerne gældende, at EU's traktatkompetence blev udvidet, for så vidt angår traktater om direkte investeringer. Man henviste til Lissabon-traktatens bestemmelser i TEUF art. 206, og 207 (femte del afsnit II med overskriften "*den fælles handelspolitik*"). TEUF art. 207, svarer ganske vist til den tidligere art. 133, om indgåelse af told- og handelsaftaler, men ved Lissabon-traktaten blev bestemmelsen udvidet ved, at der efter ordet handelsaftaler blev indsat "*vedrørende handel med varer og tjenesteydelser, handelsrelaterede aspekter af intellektuel ejendomsret, direkte udenlandske investeringer*". Hvis dette var en rigtig forståelse, måtte Lissabon-traktaten allerede af denne grund skulle vedtages i medfør af GRL § 20, og det blev den ikke, jf. Lissabon-sagen.

74. Til støtte herfor fremhæves nedenstående formulering fra EU's officielle hjemmeside:

“After entering into force of the Lisbon Treaty, the EU have exclusive competence on foreign direct investment (article 2007 TEUF). This will allow the EU in the future to conclude comprehensive investment agreements, while, until now, agreement on investment protection were concluded only bilaterally by individual Member States.”³¹

75. Justitsministeriet påpegede som modargument, at direkte investeringer måtte forstås som blot en underafdeling af handelsaftaler (en præcisering). Kompetencen til at indgå denne type aftaler var derfor allerede afgivet, således at der ikke var nogen ny suverænitetsafgivelse, selv om man via den nye udvidede formulering ændrede ordvalget, så det blev klart, at der også kunne være tale om aftaler om udenlandske investeringer.³² Som tidligere nævnt har Justitsministeriet ikke fået Højesterets støtte i dette argument, jf. punkt 68.
76. Da samtidigt netop handelspolitikken (som altså efter Justitsministeriets opfattelse altid har skulle omfattes som direkte investeringer) er en enekompetence for EU, burde det være EU, der har kompetencen og endda enekompetencen til at træffe aftale om investeringsbeskyttelse i overensstemmelse med aftalens kapitel 8. Men lige netop denne kompetence har Danmark – ifølge Justitsministeriet – aldrig overgivet, fordi den hidtidige overgivelse, jf. analysen om TEUF art. 216, indebærer, at ISDS-aftaler ikke er bindende for Danmark i forhold det tredjeland, der er part i aftalen, jf. punkt 69 – 70.
77. Derfor skal der anvendes en GRL § 20-procedure, for at give EU den fornødne kompetence til at indgå ISDS- aftaler, der betyder, at Danmark uden videre kan blive part i en tvist under investorbeskyttelsesreglerne. Denne kompetence blev ikke overgivet ved Lissabon-traktaten.

Konklusion vedr. traktatkompetence

78. Det forhold, at EU indgår en frihandelsaftale, på Danmarks vegne, indebærer vel suverænitetsafgivelse, men ikke ny suverænitetsafgivelse. Derimod er der tale om specifik suverænitetsafgivelse, for så vidt angår ISDS- delen, idet der ikke tidligere via en procedure i overensstemmelse med GRL § 20 er overgivet suverænitet til EU, hvorefter EU på Danmarks vegne kan binde Danmark til at være part i en voldgift med en privat investor. Det samme må gælde en voldgiftsret/tribunal. Der-

³¹ http://ec.europa.eu/finance/capital/third-countries/bilateral_relations/index_en.htm

³² Argumentationen, om der blot skulle være tale om en præcisering, passer i øvrigt ikke med, at der findes adskillige aftaler indgået af medlemsstaterne uden om EU, selv om det følger af TEUF art 3, at handelspolitik er et område, hvor EU har enekompetence, men denne indvending, som blev fremsat under Lissabon-sagen, forfølges ikke yderligere i dette notat. Højesteret forbigår spørgsmålet, der ikke omtales i dommen.

for kan EU ikke på Danmarks vegne indgå CETA-aftalen, uden at det godkendes i Danmark efter GRL § 20.

TTIP

79. Det ovenfor anførte angår CETA-aftalen. I det omfang TTIP-aftalen kommer til at indeholde en tilsvarende tvistløsningsmekanisme (ISDS) som CETA-aftalen, vil de foregående konklusioner også gælde for TTIP-aftalen.

Med venlig hilsen



Georg Lett