

Udenrigsministeriet
Att. kontorchef Erik Vilstrup Lorenzen
Asiatisk Plads 2
1448 København K

Sendt pr. e-mail: erilor@um.dk
cc: CHRITH@um.dk, lamads@um.dk

Udbud af Thule BMC - begunstiget status for dansk/grønlandske virksomheder og arbejdskraft

På møder den 2. juli og 4. august 2013 har Udenrigsministeriet anmodet om en redegørelse for de EU-retlige regler, der finder anvendelse på det krav om anvendelse af danske/grønlandske virksomheder og dansk/grønlandsk arbejdskraft, som gælder for det amerikanske luftvåbens (USAF) udbud af Base Maintenance Contract (BMC kontrakt) på Thulebasen (TAB).

Jeg har efter aftale ikke foretaget en undersøgelse af kravets overensstemmelse med andre internationale forpligtelser, som Danmark/Grønland måtte have påtaget sig, herunder den særlige WTO-aftale om offentlige udbud, jf. Agreement on Government Procurement.

Min redegørelse er struktureret således: I afsnit 1 gennemgås BMC-udbuddet og BMC-kontrakten, herunder navnlig baggrunden for og indholdet af kravet om anvendelse af dansk/grønlandske virksomheder og arbejdskraft. I afsnit 2 redegøres for den overordnede EU-retlige ramme for vurderingen af, om dette krav kan opretholdes.

Spørgsmålet om, hvorvidt - og i givet fald i hvilket omfang - EU-retlige regler finder anvendelse på en aftale som den ovennævnte, er ikke endeligt afklaret, og der kan anføres argumenter både for og imod opretholdelsen af det omhandlede krav. Et centralt spørgsmål er i den forbindelse, om aftalen kan siges at være varetagelse af danske eksterne relationer, eller om aftalen udelukkende er en varetagelse af grønlandske eksterne relationer.

Der næst redegøres for de centrale EU-retlige regler, som vil skulle overholdes, såfremt det vurderes, at aftalen er en varetagelse af danske eksterne relationer.

1. SAGENS BAGGRUND

1.1 BMC-udbuddet

Det amerikanske luftvåben (ordregivende myndighed) har påbegyndt et udbud af den generelle servicekontrakt om den civile drift og vedligeholdelse af TAB, idet den nuværende kontrakt med Greenland Contractors udløber den 30. september 2014.

Udbuddet blev annonceret den 16. maj 2012 på USAF's hjemmeside, hvor det bl.a. fremgår, at kontrakten vedrører en række civile serviceydelser:

"Supply and purchasing, fuels management, airfield and airport operations, air traffic and transportation management, water port operations, civil engineering operations, vehicle operations and maintenance, fire protection, environmental management, health services, food services, recreation and community services, non-sensitive communications management, and weather operations."

I et notat udarbejdet af Udenrigsministeriet, Nordgruppen, af 22. maj 2002, fremgår tillige, at BMC-kontrakten omfatter en række stillinger, hvor der er adgang til hemmeligt materiale, som forudsætter en sikkerhedsgodkendelse efter NATO-regler. Denne sikkerhedsgodkendelse kan Udenrigsministeriet alene foretage for danske statsborgere.

På USAF's hjemmeside fremgår følgende om, hvem der kan deltage i udbuddet:

"Participation in this acquisition is restricted to Danish or Greenlandic firms only per the terms of an International Agreement between the United States and The Kingdom of Denmark. The Statutory Authority is: 10 USC 2304 (c) (4) as implemented by FAR 6.302-4 International Agreement. To participate in this acquisition, Danish/Greenlandic firms will be required to obtain appropriate clearance from the Danish Ministry of Foreign Affairs. Non-Danish or non-Greenlandic firms interested in subcontracting or joint ventures opportunities are encouraged to contact potential Danish or Greenlandic prime contractors that may be interested in participating in this requirement. Please note that only Danish, Greenlandic, or United States personnel may be employed at Thule Air Base, per the terms of the International Agreement". (mine fremhævninger)

Der er således både et krav om, at virksomhederne skal være dansk/grønlandske, og arbejdskraften skal være dansk/grønlandsk eller amerikansk.

I medfør af det ovenfor citerede er Udenrigsministeriet efter forespørgsel fra virksomheder, der er interesseret i at afgive tilbud, blevet bedt om at udarbejde såkaldte godkendelsesskrivelser om, at de virksomheder, der ønsker at deltage i udbuddet, kan anses som dan-

ske/grønlandske. Der er endvidere rettet forespørgsel om, hvad der nærmere skal forstås ved dansk/grønlandsk arbejdskraft.

1.2 Ansvarsfordelingen på Thulebasen og baggrunden for kravet om dansk/grønlandske virksomheder og arbejdskraft

TAB er det eneste tilbageværende amerikanske forsvarsområde i Grønland, og det er fortsat reguleret af forsvarsaftalen mellem Danmark og USA fra 1951, jf. "*Overenskomst i henhold til Den nordatlantiske Traktat mellem Regeringerne i Kongeriget Danmark og Amerikas Forenede Stater om forsvaret af Grønland af 19. september 1951*".

Ansvarsdelingen mellem Danmark og USA på amerikanske forsvarsområder i Grønland er reguleret af 1951-aftalens artikel II (3):

"I de tilfælde, hvor det vedtages, at ansvaret for driften og vedligeholdelsen af et forsvarsområde skal påhvile regeringen i Amerikas Forenede Stater, gælder følgende regler:

(a) Den danske øverstkommanderende for Grønland kan til staben hos den kommanderende officer i et sådant forsvarsområde knytte dansk militært personel under kommando af en officer, med hvem den amerikanske kommanderende officer skal rådføre sig i alle vigtige lokale anliggender, der berører danske interesser.

(b) Uden indskrænkning i Kongeriget Danmarks suverænitet over et sådant forsvarsområde eller i de kompetente danske myndigheders selvskrevne ret til frit at færdes overalt i Grønland skal regeringen i Amerikas Forenede Stater uden godtgørelse til Kongeriget Danmarks regering være berettiget til inden for et sådant område samt luftrummet derudover og de tilstødende farvande:

(i) at forbedre og i almindelighed indrette området til militært brug

(ii) at opføre, installere, vedligeholde og drive anlæggene og materiellet, herunder anlæg og materiel til vejr- og forbindelsestjeneste, og at oplagre forsyninger;

(iii) at stationere og huse personel og at varetage dettes sundhed, fritidsarbejde og velfærd;

(iv) at træffe foranstaltninger til områdets beskyttelse og indre sikkerhed;

(v) at etablere og vedligeholde postforbindelser og varelagre;

(vi) at kontrollere landinger, starter, forankringer, fortøjninger, bevægelser og operationer, som foretages af skibe, luftfartøjer samt andre fartøjer og køretøjer, under tilbørlig hensyntagen til de forpligtelser, der påhviler Kongeriget Danmarks regering på sø- og luftfartens område;

(viii) at forbedre og udbygge havne, kanaler, indsejlinger og ankerpladser.

... (...) ...

Artikel VIII

Regeringen i Amerikas Forenede Stater skal have ret til at udøve udelukkende jurisdiktion over de forsvarsområder i Grønland for hvilke den har ansvaret i medfør af artikel II(3)".

Der er i medfør af artikel II (3) (a) ansat en dansk forbindelsesofficer på TAB, som er udstationeret af Forsvarsministeriet, og som varetager de dansk-grønlandske interesser på basen (primært militære interesser).

Eftersom der i 1950'erne var dansk utilfredshed med, at USA havde entret med en række udenlandske virksomheder, på det man i Danmark anså som sit område, blev kravet om anvendelse af dansk/grønlandske virksomheder og dansk/grønlandsk arbejdskraft formuleret i en dansk-amerikansk aftale af 11. juli 1956, "*Agreed Record of Meeting held between American and Danish Representatives July 9 and 10 in Copenhagen on Contracts and Labor Used in Work on Defense Areas in Greenland*", hvor følgende fremgår af stk. 1-3:

"...(...)... The American Representatives again reiterated their intention to use Danish labor and contractors to the maximum extent possible. As regards the use of material, reference is made to the Department of State's note of August 22, 1951, addressed to the Ambassador of Denmark, which states in part, "It is the general policy in carrying out military project in areas not under sovereignty of the United States to utilize local contractors, labor and materials to the greatest extent practicable and consistent with other considerations..."

2. Construction, Operation and Maintenance contracts for works in the defense areas in Greenland will in future only be awarded to Danish and American enterprises. The following exceptions will apply

.... (...)

3. The American representatives reiterated their full agreement with the principle of employment of only American and Danish labor". (mine fremhævninger)

Aftalen af 11. juli 1956 blev suppleret af en aftale af 2. december 1960 mellem USA og Danmark, der etablerede et Dansk-Amerikansk Grønlandsudvalg, som havde til formål at føre kontrol med, at aftalen af 11. juli 1956 blev overholdt. Udvalgets mandat er alene spørgsmål af økonomisk karakter, herunder status på civile kontrakter, der er gået til dansk-grønlandske virksomheder. Danmark er repræsenteret i udvalget af Udenrigsministeriets Grønlandskonsulent.

USA og Danmark (inkl. Grønlands Landsstyre) indgik i 1991 en supplerende aftale, der bl.a. bestod i, at ansvaret for en række tidligere amerikanske forsvarsområder overgik til Danmark, jf. *"Aftalememorandum mellem Kongeriget Danmarks regering (inklusive Grønlands landsstyre) og Amerikas Forenede Staters Regering vedrørende brug af Søndre Strømfjords Luftfartsanlæg, Kulusuk flyveplads og andre forhold i forbindelse med de Forenede Staters militære aktiviteter i Grønland"* af 13. marts 1991.

Aftalememorandummet indeholdt også en række generelle bestemmelser vedrørende USA's militære aktiviteter i Grønland, jf. artikel II-VIII. Artikel IV (1) vedrører eksempelvis generelt byggevirkosomhed og kontraktindgåelse vedrørende varer og tjenesteydelser og har efter ændring ved aftale mellem USA og Danmark af 27. januar 2009, følgende ordlyd:

"In accordance with their respective laws and regulations, either Party may award contracts to commercial enterprises for goods and services, including construction projects, in Greenland, and shall procure directly from Danish/Greenlandic sources. When procurement from such sources is not feasible, U.S. requirements may be satisfied by procurement from U.S. or other sources. Either Party may use its own military or civilian personnel to perform services or construction projects." (mine fremhævninger)

Aftalememorandummet supplerede ligeledes 1951-aftalen med bl.a. et nyt udvalg, Det Permanente Udvalg, hvor der både er dansk, grønlandsk og amerikansk repræsentation, jf. artikel VII. Dette udvalg mødes årligt og drøfter generelle og specifikke emner om den amerikanske militære tilstedeværelse i Grønland og regulerer i realiteten samarbejdet vedrørende TAB på alle niveauer.

Det skal endelig bemærkes, at der ved indgåelsen af Igaliku-aftalen den 6. august 2004 mellem Danmark (inkl. Grønlands Landsstyre) og USA blev indført yderligere mulighed for samarbejde vedrørende USA's militære operationer og faciliteter i Grønland. Det blev bl.a. aftalt, at USA skal konsultere Danmark og Grønlands Landsstyre forud for gennemførelse af enhver væsentlig ændring af USA's militære operationer eller faciliteter. Aftalen indeholder også mulighed for, at Grønland kan udpege en repræsentant, som den amerikanske kommanderende officer på TAB skal rådføre sig med i lokale anliggender, der berører Grønland, jf. Igaliku-aftalens artikel 3.

1.3 Den hidtidige definition på dansk/grønlandske virksomheder og arbejdskraft

Definitionen på dansk/grønlandske virksomheder og arbejdskraft har været diskuteret mellem Danmark og USA flere gange. På det 39. møde den 12. august 1970 i Det Dansk-Amerikanske Grønlandsudvalg præsenterede Danmark følgende definition på begrebet danske virksomheder:

"A firm whose owner is Danish and whose main office is located in Denmark, or in the case of a corporation, a firm in which the majority of the board members are Danish, whose main office is located in Denmark, and in which substantial ownership and effective control are vested in Danish nationals".

Begrebet danske virksomheder fremgår endvidere af en notits af 30. oktober 1985 udarbejdet af Udenrigsministeriet. Notitsen udgør et bilag til pkt. 2E på et møde i det Dansk-Amerikanske Grønlandsudvalg den 5. november 1985.

"En virksomhed betragtes som værende dansk, hvis ejeren er dansk statsborger, og virksomhedens hovedkontor er placeret i Danmark, eller såfremt det drejer sig om et selskab - hvis hovedparten af bestyrelsesmedlemmerne er danske statsborgere, hovedkontoret er placeret i Danmark, og ejerskab og effektiv kontrol i det væsentlige beror hos danske statsborgere.

En godkendelse meddeles kun et interessentskab af virksomheder, der hver især forpligtes over for de amerikanske myndigheder, såfremt det godtgøres, at alle involverede virksomheder kan betragtes som danske virksomheder på de i hovedreglen anførte betingelser. Ved dannelsen af et fælles selskab mellem de deltagende virksomheder forudsættes, at denne regel ikke omgås, d.v.s. at aktiviteterne til opfyldelse af kontrakten i alt væsentligt ligger i det således dannede selskab."

Af notitsen fremgår endvidere, at man med denne definition vil sikre sig, at der rent faktisk er tale om en dansk virksomhed og ikke et "frontselskab" for et udenlandsk moderselskab eller et stråmandsselskab.

2. DEN EU-RETLIGE RAMME FOR VURDERINGEN AF LOVLIGHEDEN AF KRAVET OM ANVENDELSE AF DANSKE/GRØNLANDSKE VIRKSOMHEDER OG DANSK/GRØNLANDSK ARBEJDSKRAFT

2.1 EU-rettens territoriale anvendelsesområde

Det følger af EU-traktatens artikel 52, at traktaterne gælder for Kongeriget Danmark, og at traktaternes territoriale anvendelsesområde er præciseret i EUF-traktatens artikel 355.

Ved traktat om ændring af traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber for så vidt angår Grønland (EFT L 29/1, 28. årgang, 1. februar 1985), trådte Grønland ud af det daværende EF og fik status som OLT (oversøiske lande og territorier) omfattet af EU's særlige associeringsordning for disse lande og territorier.

Af EUF-traktatens artikel 355, stk. 2, fremgår, at på de oversøiske lande og territorier, der er opregnet i bilag II, herunder Grønland, anvendes den særlige associeringsordning, som er nærmere fastlagt i EUF-traktatens fjerde del (artikel 198-204). Der gælder endvidere en

særlig ordning for Grønland, som er fastsat i protokol 15 vedrørende fiskerivarer, jf. EUF-traktatens artikel 204.

Af EU-Domstolens faste praksis følger (jf. senest dom af 5. maj 2011 i sag C-384/09, Prunus SARL, præmis 29), at

"OLT er omfattet af en særlig associeringsordning, som er fastlagt i traktatens fjerde del, hvorfor traktatens almindelige bestemmelser, hvis anvendelsesområde i princippet er begrænset til medlemsstaterne, kun finder anvendelse på OLT, når der udtrykkeligt henvises hertil [...]. OLT er således kun omfattet af de EU-retlige bestemmelser på lignende vis som medlemsstaterne, når en sådan sidestilling af OLT med medlemsstaterne udtrykkeligt er foreskrevet i EU-retten."

EUF-traktatens almindelige regler, herunder reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed og den fri etableringsret i EUF-traktatens artikel 45 og 49, finder således ikke direkte anvendelse på Grønlands territorium.

2.2 Udøvelse af ekstern kompetence og EU-rettens territoriale anvendelsesområde

Af Domstolens faste praksis følger i overensstemmelse hermed, at når EU's medlemsstater varetager oversøiske territoriers eksterne forbindelser, sker dette som udgangspunkt uden for EU-rettens "gyldighedsområde".

I udtalelse af 1/78 af 4. oktober 1979 (naturgummi-sagen), præmis 62, udtalte Domstolen i relation til de oversøiske territoriers kompetence til at indgå en international overenskomst om naturgummi følgende:

"Da de pågældende territorier ikke omfattes af EØF-traktatens anvendelsesområde, befinder de sig i forhold til Fællesskabet i samme stilling som tredjelande. Herefter må stillingen for de medlemsstater, som varetager disse territoriers internationale forbindelser, i forhold til den påtænkte overenskomst fastsættes efter disse medlemsstateres dobbelte status: dels efter deres status som medlemmer af Fællesskabet, dels efter deres status som international repræsentant for visse tilhørende territorier, som ikke omfattes af fællesskabsrettens gyldighedsområde. Disse stateres medlemskab af Fællesskabet påvirker altså ikke deres stilling, når de i det givne tilfælde handler som internationale repræsentanter for de pågældende territorier. Men det er da i denne egenskab og ikke i egenskab af deres medlemskab af Fællesskabet, at de deltager i overenskomsten. Dette særlige forhold har således ingen betydning for afgrænsningen af kompetenceområderne inden for Fællesskabet. Det skal herved bemærkes, at der ved konventionen vedrørende fiskeriet i det nordvestlige Atlanterhav... (...)... opstod et tilsvarende problem vedrørende Færøernes deltagelse, som i konventionen er repræsenteret af Danmark. Kun i denne egenskab er Danmark deltager i konventionen ved siden af Fællesskabet".

I udtalelse 1/94 af 15. november 1994 (WTO-sagen) udtalte Domstolen i overensstemmelse hermed følgende vedrørende repræsentationen af visse medlemsstaters afhængige territorier:

"15 Med hensyn til den eksklusive kompetence, som Fællesskabet ifølge Kommissionen har til at indgå WTO-overenskomsten og dens bilag, har Rådet og flere af de regeringer, som har afgivet indlæg, anført, at visse medlemsstater fortsat har kompetence til at indgå og gennemføre aftalerne for de territorier, på hvilke traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber ikke finder anvendelse.

16 Den franske regering har endvidere anført, at WTO-overenskomsten og dens bilag på mange punkter falder uden for området for associeringsordningen for over-søiske lande og territorier, og at den på disse områder derfor har kompetence til at indgå WTO-overenskomsten og dens bilag alene.

17 Som Domstolen fastslog i udtalelse 1/78 (a.st, præmis 62), befinder de pågældende territorier sig i forhold til Fællesskabet i samme situation som tredjelande, da de ikke er omfattet af EØF-traktatens anvendelsesområde. De stater, hvorunder disse territorier henhører, deltager således i overenskomsten, fordi de varetager forbindelserne udadtil for deres afhængige territorier, som ikke er omfattet af fællesskabsrettens geografiske anvendelsesområde, og ikke som medlemmer af Fællesskabet.

18 Som Domstolen imidlertid understregede i denne udtalelse (samme præmis), har disse medlemsstaters særlige stilling ikke betydning for løsningen af problemet med afgrænsning af kompetenceområderne inden for Fællesskabet."

De ovennævnte udtalelser angår alene medlemsstaternes **kompetence** til at indgå internationale aftaler på vegne af deres OLT'er.

Af udtalelserne følger, at medlemsstaterne, i det omfang de varetager de eksterne relationer for deres OLT'er, ikke er omfattet af EU-rettens geografiske område, og at de EU-retlige kompetenceregler, jf. navnlig EUF-traktatens art. 2-6, derfor heller ikke finder anvendelse på denne kompetenceudøvelse.

I det omfang medlemsstaterne varetager deres egne eksterne relationer, må det omvendt antages, at de EU-retlige kompetencefordelingsregler og andre relevante EU-retlige regler, herunder det EU-retlige loyalitetsprincip, fuldt ud finder anvendelse.

I erklæring nr. 25 til Maastricht-traktaten om varetagelse af interesserne for OLT'er, anføres følgende:

"Konferencen noterer sig, at der under ganske særlige omstændigheder kan opstå interessekonflikter mellem Unionen og de lande og territorier, der er omhandlet i artikel 227, stk. 3 og stk. 5, litra a) og b), i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, og er enig om, at Rådet skal søge at finde en løsning, der stemmer overens med Unionens holdning. Viser dette sig imidlertid umuligt, er Konferencen enig om, at den pågældende Medlemsstat i så fald kan handle isoleret til varetagelse af de pågældende oversøiske landes og territoriers interesser, uden at dette skader Fællesskabets interesser. Medlemsstaten underretter Rådet og Kommissionen om tilfælde, hvor der kan tænkes at opstå en sådan interessekonflikt, og i tilfælde af, at isoleret handling er uundgåelig, gør den det klart, at den handler med henblik på varetagelse af et oversøisk territoriums interesser.

Denne erklæring finder også anvendelse på Macao og Østtimor."

Erklæringen er fortsat gældende, da de bestemmelser, der henvises til er videreført i Lissabon-traktaten, der er en ændringstraktat. Erklæringen er udtryk for, at der også uden for EU's territorium gælder et loyalitetsprincip, når en medlemsstat varetager interesser på vegne af et OLT, jf. nedenfor pkt. 2.4.

2.3 Vurderingen af, om aftalen er udtryk for varetagelse af danske eksterne relationer

Der foreligger ikke praksis fra EU-Domstolen, der belyser, hvornår EU's medlemsstater i konkrete situationer varetager de oversøiske territoriers eksterne relationer, og hvornår de varetager deres egne eksterne relationer, når de indgår internationale aftaler vedrørende deres oversøiske territorier.

På baggrund af den ovennævnte praksis kan det anføres, at enhver traktatkompetenceudøvelse, som alene angår et oversøisk territoriums geografiske område, falder uden for EU-rettens geografiske område, og at hverken de EU-retlige kompetenceregler, herunder navnlig EUF-traktatens artikel 2-6, eller andre af EU-rettens materielle regler derfor finder anvendelse på en sådan kompetenceudøvelse.

Det er imidlertid tvivlsomt, om en sådan rent geografisk betinget sondring kan opretholdes, herunder navnlig fordi dette ville give medlemsstaterne mulighed for - gennem deres oversøiske territorier - at omgå grundlæggende EU-retlige regler, herunder forbuddene mod nationalitetsdiskrimination. F.eks. ville medlemsstaterne under angivelse af, at de alene varetager et oversøisk territoriums eksterne relationer kunne indgå (geografisk asymmetriske) aftaler med tredjelande, som giver deres egne borgere og virksomheder særrettigheder i disse tredjelande mod at give tredjelandets borgere rettigheder i det oversøiske territorium.

Det må derfor antages, at afgørelsen af, om medlemsstaterne varetager deres egne eller et oversøisk territoriums eksterne relationer, beror på en konkret vurdering af den omhandlede foranstaltnings baggrund, formål og indhold og den sammenhæng, hvori foranstaltningen indgår.

Spørgsmålet er herefter, om kravet om anvendelse af dansk/grønlandske virksomheder og arbejdskraft i den konkrete aftale

- (1) er en varetagelse af Grønlands forbindelser udadtil (med den konsekvens, at de almindelige EU-retlige regler, herunder EUF-traktatens artikel 45 og 49, ikke finder anvendelse), eller
- (2) om kravet (også) er en varetagelse af Danmarks egne eksterne relationer (med den konsekvens, at kompetenceudøvelsen omfattes af EU-retlige regler, herunder loyalitetsprincippet i EUF-traktatens artikel 4, stk. 3).

På den ene side kan anføres, at kravet er en varetagelse af grønlandske interesser. Til støtte herfor kan navnlig peges på følgende forhold:

- Aftalen angår forhold på grønlandsk territorium.
- Aftalen skal betragtes i sin helhed, og da aftalens tyngde vedrører grønlandske interesser på grønlandsk territorium, må aftalen som sådan være et produkt af varetagelsen af grønlandske eksterne relationer, uanset kravet om anvendelse af dansk arbejdskraft.

På den anden side kan anføres, at kravet om anvendelse af danske virksomheder og dansk arbejdskraft udelukkende - eller overvejende - er en varetagelse af danske eksterne relationer. Til støtte herfor taler følgende forhold:

- Kravet skaber en særlig fortrinsstilling for danske virksomheder, som Grønland ikke synes at have en isoleret og selvstændig interesse i.
- Kravet er løbende blevet præciseret (styrket), herunder også efter Danmark (og Grønlands) tiltrædelse af EU.
- Udenrigsministeriet deltager aktivt i håndhævelsen af kravet ved udarbejdelse af godkendelsesskrivelser.

Det skal dog bemærkes, at de omhandlede krav blev indført før Danmark tiltrådte EU og således før Danmark var underlagt EU-retlige forpligtelser. Den etablerede terminologi er

således valgt i en tid, hvor det ikke var retligt relevant at sondre mellem dansk og grønlandsk virksomhed.

2.4 Danmarks forpligtelser efter EU-retten, såfremt det antages af aftalen (også varetager danske eksterne relationer)

Hvis det omhandlede krav om at anvende danske virksomheder og dansk arbejdskraft må anses for (også) at være en varetagelse af danske - og ikke kun grønlandske - eksterne relationer, vil kravet skulle overholde EU-retlige regler, herunder navnlig det EU-retlige loyalitetsprincip, jf. EU-traktatens artikel 4, stk. 3.

Af loyalitetsprincippet følger, at medlemsstaterne skal træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af bl.a. EUF-traktatens forpligtelser, og at de skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare.

Det er nærliggende at antage, at det EU-retlige loyalitetsprincip i en situation som denne vil være til hinder for, at medlemsstaterne udnytter deres kompetencer for så vidt angår deres oversøiske territorier i strid med EUF-traktatens grundlæggende principper, herunder f.eks. ved at indføre foranstaltninger på grønlandsk territorium, der strider mod EUF-traktatens diskriminationsforbud, jf. også ovenfor om erklæring nr. 25 til Maastricht-traktaten.

I overensstemmelse hermed har det i teorien været anført, at EU-retlige regler i en vis udstrækning bør finde anvendelse på de oversøiske territorier m.v. Eksempelvis anfører Dimitry Kochenov i "Regional citizenships and EU law: the case of the Åland islands and New Caledonia", *European Law Review*, (2010), side 319 følgende:

"No Member State can award preferential treatment to its own nationals in the territories falling largely outside the scope of EU law; as this would violate the letter and the spirit of the primary law of the Union".

På den baggrund redegøres nedenfor for de EU-retlige bestemmelser, som - sammenholdt med loyalitetsprincippet - kan være overtrådt, såfremt det lægges til grund, at danske eksterne relationer er varetaget i aftalen.

2.4.1 EUF-traktatens artikel 351

EUF-traktatens artikel 351 regulerer spørgsmålet om løsning af konflikter mellem bestemmelser i folkeretlige aftaler indgået mellem medlemsstater og tredjelande og EU-traktaterne, når de folkeretlige aftaler er indgået forud for medlemsstaternes tiltrædelse i Fællesskabet/Unionen, jf. EUF-traktatens artikel 351.

Af EUF-traktatens artikel 351 fremgår bl.a. følgende:

"Konventioner indgået forud for nye medlemsstaters tiltrædelse

De rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før den 1. januar 1958 eller før tiltrædelsesdatoen for tiltrædende medlemsstaters vedkommende er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i traktaterne.

I det omfang, disse konventioner er uforenelige med traktaterne, bringer den eller de pågældende medlemsstater alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser.

... (...)... "

Domstolen har udtalt følgende om EUF-traktatens artikel 351 (dåværende EF-traktatens artikel 234), i dom af 10. marts 1998, *T. Port GmbH & Co.*, C-364/95 og 365/95, pr. 60-61':

"Ifølge fast retspraksis (jf. bl.a. dom af 14.1.1997, sag C-124/95, Centro-Com, Sml. I, s. 81, præmis 56 og 57) har denne bestemmelse til formål i overensstemmelse med folkerettens principper at fastslå, at anvendelsen af traktaten ikke berører den pågældende medlemsstats forpligtelse til at respektere tredjestaters rettigheder, som følger af ældre konventioner, og til at overholde sine tilsvarende forpligtelser. Ved afgørelsen af, om en fællesskabsregel skal vige for en ældre international konvention, må det derfor undersøges, om konventionen pålægger den pågældende medlemsstat forpligtelser, som de tredjelande, der har indgået konventionen, stadig kan kræve opfyldt.

Hvis en fællesskabsbestemmelse derfor skal vige for en international konvention, er det på den dobbelte betingelse, at der er tale om en konvention, der er indgået, før traktaten trådte i kraft, og at den tillægger det pågældende tredjeland rettigheder, som det kan kræve overholdt af den pågældende medlemsstat." (mine fremhævninger)

Af "EU External Relations Law", Piet Eeckhout (2011), side 424-426, fremgår endvidere følgende:

"The Court agreed with the Commission that the term 'rights and obligations' in (current) Article 351 TFEU referred, as regards the 'rights', to the rights of third countries and, as regards the 'obligations', to the obligations of Member States; by virtue

¹ Se tillige Rettens dom af 12. juli 2001, T-3/99, *Banatrading GmbH*, pr. 53-54.

of the principles of international law, by assuming a new obligation which was incompatible with the rights held under a prior treaty, a State ipso facto gave up the exercise of these rights to the extent necessary for the performance of its new obligations...(...)

The Court thus confirmed from the outset that the first paragraph of (current) Article 351 TFEU only concerns the rights of third countries and the corresponding obligations of the Member States.

...(...)

A further point is that Article 351 TFEU is inapplicable where an agreement allows, but does not require, a measure which appears to be contrary to EU law". (min fremhævning)

Aftalen mellem Danmark og USA stammer fra 1956 og opfylder derfor EUF-traktatens artikel 351 første betingelse om at være indgået forud for Danmarks tiltrædelse til fællesskabet.

Den anden betingelse om, at det omstridte krav udgør en rettighed, som er tillagt et tredjeland og kan kræves opretholdt af dette tredjeland, er derimod ikke opfyldt, idet det i sagen omhandlede krav udgør en rettighed, der tilkommer Danmark/Grønland.

Som anført ovenfor af Piet Eeckhout kan det siges, at Danmark ved tiltrædelsen til EU "*ipso facto gave up the exercise of these rights to the extent necessary for the performance of its new obligations...(...)*".

Hertil kommer, at Danmark i givet fald også efter artikel 351, stk. 2, er forpligtet til at bringe alle egnede midler i anvendelse med henblik på at fjerne de konstaterede uoverensstemmelser.

Det bemærkes endelig, at der ikke foreligger oplysninger om, hvorvidt aftalen mellem Danmark og USA har været forelagt og dermed godkendt i forbindelse med Danmarks optagelsesforhandlinger forud for medlemskabet i 1973.

Når Udenrigsministeriet udarbejder godkendelsesskrivelser til virksomheder, der ønsker at byde på kontrakten, håndhæves kravet i aftalen mellem Danmark og USA om anvendelse af danske/grønlandske virksomheder og arbejdskraft. Som det følger af ovenstående er det min opfattelse, at Danmark ikke i det omfang man derved varetager danske eksterne relationer kan påberåbe sig EUF-traktatens artikel 351 til støtte for fortsat at håndhæve kravet om, at USAF som udgangspunkt forbeholder BMC-kontrakten for danske virksomheder og arbejdskraft.

2.4.2 EUF-traktatens bestemmelser om tjenesteydelse og arbejdskraftens frie bevægelighed

2.4.2.1 Forbuddet med forskelsbehandling

EU-Domstolen har i en række sager udtalt sig om medlemsstaternes forpligtelser til at sikre de fri bevægelighed, også når de indgår aftaler med tredjelande.

Domstolens dom af 21. september 1999 i sag C-307/97, *Saint-Gobain*, vedrørte en dobbelt-beskatningsoverenskomst, som USA og Schweiz havde indgået med Tyskland, der bl.a. indeholdt skattemæssige lempelser for tyske virksomheder og virksomheder med hjemsted i Tyskland, når de modtog udbyttebetalinger fra kapitalandele i amerikanske/schweiziske selskaber.

Domstolen udtalte, at Tyskland under udøvelsen af sin kompetence på beskatningsområdet og dermed også ved indgåelse af bilaterale overenskomster, var forpligtet til at overholde EU-retten (præmis 57-58). I henhold til EF-traktatens artikel 52 og 58² var Tyskland derfor forpligtet til at indrømme selskaber med fast driftssted i Tyskland, men som var hjemmehørende i en anden medlemsstat, de samme rettigheder, som omhandlet i overenskomsten og på samme betingelser som de selskaber, der var hjemmehørende i Tyskland (præmis 59).

Om den fremførte begrundelse for forskelsbehandlingen udtalte Domstolen følgende (præmis 60):

"Som generaladvokaten har anført i punkt 81 i sit forslag til afgørelse, opstår der ingen konflikt mellem de forpligtelser, fællesskabsretten pålægger Forbundsrepublikken Tyskland, og de forpligtelser, Forbundsrepublikken har påtaget sig over for Amerikas Forenede Stater eller Det Schweiziske Edsforbund. Det vil ikke påvirke ligevægten og gensidigheden i de overenskomster, Forbundsrepublikken Tyskland har indgået med disse to lande, at Forbundsrepublikken Tyskland ensidigt beslutter at udvide det personelle anvendelsesområde i Tyskland for den skattemæssige fordel, der er hjemlet ved overenskomsterne, i dette tilfælde nedslaget i selskabsskatten, idet en sådan udvidelse på ingen måde har indvirkning på de rettigheder, som tilkommer de tredjelande, der er parter i overenskomsterne, og ikke pålægger dem nogen ny forpligtelse". (mine fremhævninger)

En lignende dom blev afsagt den 15. januar 2002 i sag C-55/00, *Gottardo*, der omhandlede nationalitetsdiskrimination af Elide Gottardo, en fransk statsborger. Elide Gottardo som havde arbejdet og indbetalt sikringsbidrag i Italien, Schweiz og Frankrig, fik afslag på udbe-

² EUF-traktatens artikel 49 og 54.

taling af alderspension i Italien, idet hun ikke i henhold til italiensk lovgivning kunne medregne indbetalingerne fra hendes ansættelse i Schweiz og dermed ikke opfyldte minimumskravene for at få udbetalt alderspension.

Begrundelsen for, at hun ikke kunne medregne indbetalingerne i Schweiz, var, at den særlige italiensk-schweiziske overenskomst, der hjemlede mulighed herfor, ikke gjaldt for franske statsborgere. I modsætning til italienske og schweiziske statsborgere i nøjagtig samme situation som Elide Gottardo kunne hun derfor ikke få udbetalt alderspension i Italien. I præmis 29-32 redegør Domstolen for praksis vedrørende medlemsstaternes forpligtelser i relation til indgåelsen af bilaterale overenskomster, og i præmis 33-34 konkluderes følgende:

"Det følger af denne praksis, at medlemsstaterne, når de opfylder de forpligtelser, de har påtaget sig i henhold til internationale overenskomster - det være sig en overenskomst, der er indgået mellem medlemsstater eller mellem én medlemsstat og et eller flere tredjelande - skal overholde de forpligtelser, som påhviler dem i medfør af fællesskabsretten jf. herved dog artikel 307 EF. Det forhold, at tredjelande ingen forpligtelser har efter fællesskabsretten er i denne henseende uden relevans.

Det fremgår af ovenstående bemærkninger, at når en medlemsstat indgår en bilateral overenskomst om social sikring med et tredjeland, hvorefter forsikringsperioder, der er tilbagelagt i det pågældende land, skal tages i betragtning med henblik på at erhverve ret til ydelser ved alderdom, følger det af det grundlæggende princip om ligebehandling, at denne medlemsstat skal indrømme statsborgere fra de øvrige medlemsstater de samme rettigheder som dem, statens egne statsborgere er blevet tillagt i medfør af overenskomsten, medmindre staten har en objektiv begrundelse for sin afvisning". (mine fremhævninger)

Domstolen analyserede herefter, om der forelå en objektiv begrundelse, og fastslog, at Italien ikke havde godtgjort, at de forpligtelser, som påhvilede dem i medfør af EU-retten, forringede landets mulighed for at opfylde de forpligtelser, som Italien havde påtaget sig overfor Schweiz. Domstolen konstaterede efterfølgende, at Italiens iagttagelse af EU-retten på ingen måde forringede de rettigheder, som Schweiz havde i henhold til den italiensk-schweiziske overenskomst, og pålagde heller ikke Schweiz nye forpligtelser. Hensyn som en stigning i Italiens økonomiske byrder og de administrative vanskeligheder kunne heller ikke berettige en tilsidesættelse af EU-retten³.

Se tilsvarende Domstolens dom af 21. januar 2010 i sag C-546/07, *E. Traversa*, vedrørende EUF-traktatens artikel 49.

³ I dette tilfælde EF-traktatens artikel 39, nu EUF-traktatens artikel 45.

På baggrund af ovennævnte praksis er det min opfattelse, at kravet om anvendelse af danske virksomheder og dansk arbejdskraft - i det omfang, det er en varetagelse af danske eksterne relationer - som udgangspunkt er direkte diskrimination omfattet af EUF-traktatens artikel 45 (arbejdskraftens fri bevægelighed) og 56 (tjenesteydelseernes fri bevægelighed).

2.4.2.2 *Traktatens undtagelsesbestemmelser*

Selvom kravet om anvendelse af danske virksomheder og dansk arbejdskraft indebærer forskelsbehandling i strid med EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed, kan en sådan forskelsbehandling være lovlig, hvis den er objektivt begrundet og proportional.

Begrænsninger i arbejdskraftens og tjenesteydelseernes fri bevægelighed kan således begrundes i hensynet til den offentlige sikkerhed, jf. EUF-traktatens artikel 45 (3) og artikel 62, jf. artikel 52. En anden undtagelse gælder ansættelser i den offentlige administration, jf. EUF-traktatens artikel 45, stk. 4, og tjenesteydelser, som varigt eller lejlighedsvist er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat, jf. EUF-traktatens artikel 62, jf. artikel 51.

Offentlig sikkerhed

I tjenesteydelsesdirektivet 2006/123/EF, præambelbetragtning 41, fremgår, at offentlig sikkerhed vedrører trygheden for borgere. I opholdsdirektivet 2004/38 EF, artikel 27, stk. 2, fremgår følgende fortolkningsbidrag til begrebet "offentlig sikkerhed":

"2. Foranstaltninger truffet af hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og kan udelukkende begrundes i vedkommendes personlige adfærd. En tidligere straffedom kan ikke i sig selv begrunde anvendelsen af sådanne foranstaltninger.

Den personlige adfærd skal udgøre en reel, umiddelbar og tilstrækkelig alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse. Begrundelser, der ikke vedrører den individuelle sag, eller som har generel præventiv karakter, må ikke anvendes." (mine fremhævninger)

I Domstolens dom af 13. maj 2003, C-463/00, *Kommissionen mod Spanien*⁴, præmis 72, behandles begrebet "offentlig sikkerhed" også:

"Imidlertid har Domstolen ligeledes fastslået, at de krav, der følger af den offentlige sikkerhed, især som en fravigelse af det grundlæggende princip om frie kapitalbevægelser, skal fortolkes strengt, således at deres rækkevidde ikke ensidigt kan fastlæg-

⁴ Sagen vedrørte restriktioner for den fri bevægelighed og ikke diskriminerende foranstaltninger.

ges af den enkelte medlemsstat uden fællesskabsinstitutionernes kontrol. Den offentlige sikkerhed kan således kun påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn... (...)..." (mine fremhævninger)

Begrebet "offentlig sikkerhed" blev også behandlet i Domstolens dom af 5. december 1989 i sag C-3/88, *Kommissionen mod Italien*, hvor Kommissionen havde indledt traktatbrudssag mod Italien, der havde indført regler om, at kun selskaber, som staten eller det offentlige direkte eller indirekte ejede helt eller hovedparten af, kunne indgå aftaler med den italienske stat om indførelse af edb-systemer i forvaltningen. Italien havde under sagen fremført, dels at de offentlige myndigheder må kunne kontrollere gennemførelsen af kontrakterne, så de kan tilpasses ændrede og uforudsigelige omstændigheder, og dels at der i visse former for virksomhed, som det pågældende selskab skulle udføre, indgik oplysninger af fortrolig art, hvorfor staten måtte kunne henvende sig til en virksomhed, som den havde fuld tillid til (præmis 10).

Domstolen fastslog for det første, at Italien rådede over de nødvendige retlige midler til at tilpasse gennemførelsen af kontrakterne til fremtidige og uforudseelige forhold, og til at sikre at gennemførelsen skete i overensstemmelse med samfundets interesse. For det andet udtalte Domstolen, at Italien for at sikre, at de pågældende oplysninger forblev fortrolige, kunne træffe foranstaltninger, der var mindre indgribende ved fx at pålægge medarbejderne i de berørte selskaber en strafsanktioneret tavshedspligt (præmis 11).

Det er således klart, at der skal særdeles tungtvejende argumenter til, at blot restriktioner for den frie bevægelighed kan opretholdes under påberåbelse af hensynet til den offentlige sikkerhed. På det foreliggende grundlag er der ikke konkrete oplysninger, der understøtter, at arbejdskraft fra andre EU-medlemslande eller anvendelse af tjenesteydelser fra andre EU-medlemslande til udførelse af civile opgaver på Thulebasen udgør en virkelig og tilstrækkelig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

Udenrigsministeriet har oplyst, at en række stillinger giver adgang til hemmeligt materiale og derfor forudsætter sikkerhedsgodkendelse efter NATO-regler. Kravet om sikkerhedsgodkendelse kan imidlertid efter min opfattelse ikke medføre, at stillingerne omfattes af undtagelsesbestemmelsen, idet de nødvendige sikkerhedsgodkendelser da kan indhentes fra de øvrige EU-medlemslandes myndigheder, hvad enten de er NATO-medlemmer eller ej.

I forhold til visse ansattes mulige adgang til hemmelige oplysninger må spørgsmålet, om undtagelsen kan finde anvendelse, afhænge af karakteren af oplysningerne, altså om det forhold, at eksempelvis en arbejdstager fra et andet EU-medlemsland får adgang til oplysninger, kan udgøre en virkelig og tilstrækkelig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn. Hvis sådanne hensyn ikke gør sig gældende, kan der derimod fastsættes krav om, at

medarbejderen pålægges tavshedspligt, jf. ligeledes C-3/88, *Kommissionen mod Italien*, ovenfor.

Det skal endvidere bemærkes, at det allerede følger af aftalen mellem Danmark og USA som ændret den 27. januar 2009, at hvis dansk/grønlandske virksomheder ikke kan løfte opgaven, så " *may [U.S.] be satisfied by procurement from U.S. or other sources*" [min indsætning]. Dette taler således imod, at Danmark nu kan påberåbe sig anvendelse af danske virksomheder og arbejdskraft af hensyn til den offentlige sikkerhed, når det hensyn ikke håndhæves i aftalen mellem USA og Danmark.

Offentlig myndighedsudøvelse

EUF-traktatens artikel 45, stk. 4, indeholder en undtagelse vedrørende "ansættelser i den offentlige administration", som af Domstolen er blevet fortolket i lyset af EUF-traktatens artikel 51, der indeholder en undtagelse for virksomhed forbundet med "udøvelse af offentlig myndighed". Afgrænsningen af artikel 45, stk. 4, og artikel 51, er derfor baseret på et funktionelt begreb og ikke et institutionelt begreb, jf. eksempelvis dom af 26. oktober 2006, Sag C-371/04, *Kommissionen mod Italien*, og dom af 23. februar 2006, Sag C-205/04, *Kommissionen mod Spanien*.

Det er fastslået i Domstolens praksis, at undtagelsesbestemmelsen i EUF-traktatens artikel 45, stk. 4, omfatter stillinger, der indebærer direkte eller indirekte deltagelse i **udøvelsen af offentlig myndighed og i funktioner, der som genstand har beskyttelsen af statens almene interesser**. Formålet med bestemmelsen er at omfatte de stillinger, hvor indehaverne føler en særlig solidaritet med staten og hvor der består gensidige rettigheder og pligter, som er grundlaget for nationalitetsbåndet, jf. eksempelvis Domstolens dom af 17. december 1980 i sag C-149/79, *Kommissionen mod Belgien*, præmis 10 og 11.

Domstolen har bl.a. fastslået, at arbejdsopgaver vedrørende indførelse af edb-systemer i den offentlige forvaltning, ikke var omfattet, idet opgaverne vedrørte udarbejdelse, programmel og drift og var af teknisk karakter og uden sammenhæng med udøvelse af offentlig myndighed, jf. C-3/88, *Kommissionen mod Italien*, præmis 13. Det samme gælder ansættelser i det offentlige postvæsen eller på offentlige sygehuse, jf. Domstolens dom af 3. juni 1986, Sag 307/84, *Kommissionen mod Frankrig*.

I Domstolens dom af 26. maj 1982 i den anden sag, sag C-149/79, *Kommissionen mod Belgien*, vurderede Kommissionen, at stillinger som arkitekt, tilsynsførende og visse stillinger som natvægter i de kommunale forvaltninger, hvor arbejdet bestod i at overvåge bygninger eller steder, som gav adgang til offentlige myndigheders hemmeligheder, ansås for ansættelser i den offentlige administration, der indebar beslutningsmyndighed, jf. dommens pkt. 3, side 1848.

I EU-retten, Karsten Engsig Sørensen m.fl., 2010, side 528, fremgår eksempelvis, at det anvendelsesområde, der er tilbage for bestemmelsen, er al dømmende og formentlig al udøvende myndighed, ledende stillinger inden for det administrative hierarki samt stillinger indenfor forsvaret. Af Paul Craig m.fl., i EU Law, Text, cases and materials, 2011, side 738, fremgår:

"Those which probably would be covered included the armed forces, police, judiciary, tax authorities, and certain public bodies engaged in preparing or monitoring legal acts; and those which probably would not included nursing, teaching, and non-military research in public establishments".

Det er uden betydning, om ansættelsen sker i privat regi, men udøvelsen af offentlig myndighed skal udøves regelmæssigt og må ikke udgøre en meget begrænset del af arbejde for den, der er ansat i den pågældende stilling, jf. Domstolens dom af 30. september 2003, C-47/02, *Anker*, præmis 62-63, og Domstolens dom af 30. september 2003, C-405/01, *Colegio*, præmis 43-44.

EUF-traktatens artikel 45, stk. 4, og artikel 62, jf. artikel 51, fortolkes således også meget restriktivt, og der foreligger ikke oplysninger, der understøtter, at arbejdsopgaverne udbudt med BMC-kontrakten - civile tjenesteydelser - består i udøvelsen af offentlig myndighed for den danske stat og besiddelse af funktioner, der har beskyttelsen af Danmarks almene interesser som genstand. Hertil kommer, at ansættelsen sker i det amerikanske luftvåben, og arbejdet foregår på en amerikansk militærbase, der ligger på Grønlandsk territorium.

Der henvises i øvrigt til det ovenfor anførte angående aftalen mellem Danmark og USA som ændret den 27. januar 2009, som Danmark ikke har sikret forbeholdes ubetinget for danske virksomheder og arbejdskraft.

Spørgsmål i anledning af denne udtalelse kan rettes til advokat Rass Holdgaard og advokat Peter Biering.

Med venlig hilsen


Karsten Hagel-Sørensen
— Kammeradvokat