



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Pontus Andersson

En exklusiv vågbrytare mot den positiva integrationens svallvågor?

En studie av direktiv 2009/81/EG:s påverkan på
tillämpningen av artikel 346(1)a FEUF

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Torvald Larsson

Termin: VT2021

FÖRKORTNINGAR	4
SAMMANFATTNING	5
SUMMARY	7
1. INLEDNING	9
1.1 BAKGRUND	9
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	10
1.3 AVGRÄNSNINGAR	11
1.4 MATERIAL OCH METOD	12
1.5 FORSKNINGSLÄGE	12
1.6 DISPOSITION	13
2. ARTIKEL 346(1)A FEUF	14
2.1 TILLÄMPNINGSSOMRÅDE RATIONE MATERIAE	14
2.2 PRÖVNING ENLIGT ARTIKEL 348(2) FEUF	14
3. TILLÄMPNINGSSOMRÅDE INNAN DIREKTIVET	16
3.1 UTGÅNGSPUNKTER	16
3.2 GERMAN MILITARY EXPORTS	17
3.3 SAMMANFATTNING	18
4. TILLÄMPNINGSSOMRÅDE EFTER DIREKTIVET	19
4.1 FUD OCH ARTIKEL 346(1)A FEUF	19
4.1.1 TILLÄMPNINGSSOMRÅDE RATIONE MATERIAE	19
4.1.2 UNDANTAG	20
4.1.3 UPPHANDLINGSFÖRFARANDET	21

4.1.4 SAMMANFATTNING	24
4.2 EFTERFÖLJANDE RÄTTSUTVECKLING	24
4.2.1 SOFT LAW	24
4.2.2 PRAXIS	25
4.2.3 SAMMANFATTNING	26
5. ANALYS	27
5.1 POSITIV INTEGRATION	27
5.2 NEGATIV INTEGRATION	28
5.3 DEFINITIVA AVGRÄNSNINGAR I TILLÄMPNINGSOMRÅDE	29
6. SLUTSATSER	30
7. LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	31
LITTERATUR	31
OFFENTLIGA TRYCK	32
EUROPEISKA UNIONEN	32
ÖVRIGA KÄLLOR	34
EUROPEISKA UNIONEN	34
8. RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	35
EU-DOMSTOLEN	35
FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE	35
TRIBUNALEN	35

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om den Europeisk unionen
FEUF	Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt
FUD	Direktiv 2009/81/EG (Försvarsupphandlingsdirektivet)
Kommissionen	Europeiska kommissionen
LOU-direktivet	Direktiv 2014/24/EU
Rådet	Europeiska unionens råd
ÖE	Ömsesidigt erkännande

Sammanfattning

Den europeiska gemenskapen inom försvars- och säkerhetsfrågor rör sig allt mer ifrån transnationellt samarbete mot federal integration. Parallellt med denna utveckling identifieras på EU-nivå i dagsläget dessutom en rad nya säkerhetspolitiska utmaningar som både unionen och medlemsstaterna till stor del är överens om att hantera gemensamt. Likväl förekommer också att krav ställs på mer nationellt säkerhetsberoende från de senare. När EU-ländernas målsättningar därmed potentiellt inte överensstämmer med unionens kan det, utifrån att unionen inom många säkerhetsfrågor har förhållandevis liten regleringsbefogenhet, uppstå en kliché mellan gemenskapsrättslig reglering och exklusiv nationell befogenhet. En kliché, vilket tidigare erfarits, delvis undviks av att reglering inom områden där unionen har mer befogenhet indirekt kan påverka områden med starkare anknytning till medlemsstaternas suveränitet. Med hänsyn till ovan nämnda konfliktyta och indirekta reglering undersöker uppsatsen på vilka sätt lagstiftning, antagen med den inre marknaden som kompetensgivande bas, kan påverka EU-ländernas möjligheter att värna sin exklusiva befogenhetsutövning inom nationella säkerhetsfrågor. Detta görs genom studium av Försvarsupphandlingsdirektivet (dir. 2009/81/EG) och vilka konsekvenser dess ikraftträdande fått för medlemsstaternas möjlighet att skydda väsentliga informationssäkerhetsintressen genom artikel 346(1)a FEUF.

Uppsatsen granskar rättsutvecklingen kring artikeln genom att först undersöka rättsläget innan Försvarsupphandlingsdirektivet, sedan medelst belysning av för artikeln relevanta bestämmelser i författningen och slutligen via utredning av, för direktivet relevant, unionsrättsligt material som framkommit efter att författningen trädde ikraft. I belysningen av direktivets bestämmelser förhåller sig texten till författningens syfte som tilltänkt ersättare till artikel 346(1)a. Utifrån artikelns *ratione materiae*, tillämpningskrav och de informationssäkerhetsansyn som kan tas genom den granskas således direktivets artiklar enligt motsvarande uppdelning. Med utredningen som bas analyseras sedermera Försvarsupphandlingsdirektivets direkta effekter på artikel 346(1)a:s tillämpningsområde och de effekter direktivet får i relation till de krav som ställs på artikeln i praxis eller soft law.

Slutsatsen av studien är att unionen när den reglerar ett säkerhetsanknutet rättsområde med inre marknadsreglering generellt medvetet kompromissar med, samt agerar försiktigt gentemot, medlemsstaternas exklusiva säkerhetsbefogenheter för att inte överskrida sina egna. Samtidigt noteras att regleringens blotta existens, i samspel med krav som ställs via praxis eller soft law, kan få befogenhetsbegränsade konsekvenser för medlemsstaterna. Slutligen observeras också att ovan nämnda försiktighet kan överges för att ge den antagna författningen mer genomslag, samt

att fler rättsliga avgöranden inom området hade bidragit till att många slutsatser tydligare kunnat underbyggas.

Summary

The European Community in the fields of defence and security is at large moving further and further from transnational cooperation towards federal integration. In line with this development, a number of new security policy challenges have today been identified at EU level and both the EU and a majority of its member states agree that they need to be addressed jointly. Nevertheless, demands from member states regarding increased national independence in security matters still exist. Where the objectives of the member states and the ones of the EU therefore possibly won't coincide, potential conflicts between regulatory will and regulatory power emerges. This is due to the fact that when it comes to legal areas concerning security issues the EU has been conferred relatively few competences to adopt legal instruments. Be that as it may, this hurdle has earlier been noted to be avoided since legislation adopted in fields where the Union possesses more competences can indirectly affect areas more strongly tied to national sovereignty. Taking off from these fundamentals of potential conflict this thesis examines in what ways regulatory instruments, with a legal base of treaty articles relating to the Internal Market, can affect what possibilities the member states have to exercise their exclusive competences linked to national security. This is done by examining the Defence Procurement Directive (dir. 2009/81/EC) and what consequences the instrument has had for the member states' abilities to safeguard essential security of information interests by applying the treaty derogation of Article 346(1)a TFEU.

The thesis surveys the legal development of the article by firstly examining it's legal position before the Defence Procurement Directive, secondly by shedding light on provisions in the directive of relevance to the article, and lastly by looking into Union Law materials, on the legislation, that have been submitted after the directive's entry into force. When assessing provisions of the directive, the outline mirrors the instrument's purpose as replacement for article 346(1)a TFEU. Stemming from the article's *ratione materiae*, requirements of application, and security of information considerations, the directive is examined with a corresponding sectioning. In light of the results of the examination, the directive's direct consequences for the scope of article 346(1)a TFEU and it's effects relating to demands of application for the treaty derogation, asked in case or soft law, are then analyzed.

The thesis concludes that in terms of positive integration the Union legislator generally and deliberately act in a giving-and-taking fashion, as well as with caution, when it adopts internal market regulation closely linked to national security concerns – in order not to overstep the boundaries of the member states' exclusive security competences. At the same time it is also

noted that the mere existence of secondary legislation, when interplaying with demands of application from case or soft law, can entail competence-delimiting consequences. Lastly the thesis observes that the above-mentioned caution can sometimes be abandoned in order for the adopted legislation to triumph, and that many conclusions of the thesis would benefit from a greater amount of case law on the Defence Procurement Directive and article 346(1)a TFEU alike.

1. Inledning

1.1 Bakgrund

EU står i kölvattnet av dagens digitaliserings- och globaliseringspräglade samhälle inför nya säkerhetspolitiska utmaningar, som enligt samstämmiga unionsinstitutioner kräver ny reglering och ökat samarbete på gemenskapsnivå för att kunna hanteras.¹ Samtidigt berör säkerhetsaspekter många gånger områden där gemenskapsrätten har begränsad eller ingen förmåga att styra regelverken inom medlemsstaterna.² Att detta medför problem för unionens regleringsvilja är likväl inte självklart då det även mellan medlemsländerna generellt råder samsyn om att många försvars- och säkerhetsutmaningar är för komplexa att hantera på nationell nivå. Parallellt förekommer emellertid också att vissa EU-länder eftersträvar mer säkerhetssuveränitet samt nationellt oberoende, och därmed kan unionens reformvilja stöta på patroll i situationer där medlemsstaterna vill behålla ensamt inflytande över sin nationella säkerhet.³

Denna motsättning till trots rör sig den europeiska gemenskapen inom säkerhetsfrågor allt mer ifrån samarbete mot rättslig integration⁴. Anna Jonsson Cornell framlägger att en möjlig delförklaring till skeendet kan vara att begreppet *nationell säkerhet* saknar en autonom unionsrättslig definition, vilket resulterar i att unionen inom områden där den har kompetens kan anta reglering som indirekt påverkar försvars- eller säkerhets känsliga frågor.⁵ En relevant aspekt i sammanhanget är vidare att integrationen inom områden där unionslagstiftning antagits tenderar att bli mer påträngande genom EUD:s rättstillämpning. Något som tidigare noterats vid granskning av proportionalitetsprincipens tillämpning inom den inre marknaden.⁶

Ett fält på vilket just den inre marknaden och nationell säkerhet möts är EU:s upphandlingsmarknad för försvars- och säkerhetsmateriel.⁷ Uppfattningen inom EU:s

¹ COM (2020) 605 final, s 1 och 6; Skäl 5 i direktiv 2016/1148/EU; Rådet, Conclusions on Security and Defence, s 2 och 10; Europeiska rådet, En ny strategisk agenda, s 2–3.

² Jonsson Cornell, s 158; Jfr artikel 4(2) FEU; EU-lagstiftning måste alltid kunna härledas till en regleringsbefogenhet i fördragen, se artikel 5(2) FEU samt Reichel, s 113.

³ Cassar, s 138 och 141 f; Trybus, Buying defence and security in Europe, s 41; Jonsson Cornell, s 153 ff.

⁴ Med integration menas här reglering av rättsområden på EU-nivå genom antingen lagstiftning (positiv integration) eller praxis (negativ integration), se Reichel, s 119.

⁵ Jonsson Cornell, s 151 ff samt 158 f.

⁶ Sauter, s 453.

⁷ Jfr COM (2016) 950 final, s 3.

institutioner har länge varit att denna inte präglas av den öppenhet eller konkurrens som krävs för att kunna få maximalt ekonomiskt och försvarspolitiskt genomslag.⁸ En hindrande faktor som lyfts fram i denna kontext är medlemsstaternas vidlyftiga användning av de undantag från EU:s upphandlingsreglering som finns tillgängliga till skydd för nationell säkerhet. Då speciellt undantagen i artikel 346 FEUF som möjliggör avsteg från fördragen till omsorg för *väsentliga säkerhetsintressen*. Trots påstått frekvent utnyttjande av de möjligheterna har det, i takt med den säkerhetspolitiska utvecklingen i Europa, vuxit fram en önskan om en mer effektiv försvarsupphandlingsmarknad även hos medlemsstaterna. Mot bakgrund av en således gemensam problemformulering antogs därför år 2009 ett direktiv för upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet (Försvarsupphandlingsdirektivet)⁹. Ambitionen med författningen var att få ned användningen av undantagen, i bl.a. artikel 346, genom att erbjuda säkra upphandlingsalternativ inom den inre marknaden.¹⁰

1.2 Syfte och frågeställningar

Försvarsupphandlingsdirektivet (FUD) utgör ett exempel på de åtgärder både EU och medlemsstaterna generellt är överens om behövs om unionen önskar stå rustad inför framtidens säkerhetspåfrestningar. Författningen vilar likväl inte på en legal bas till för att harmonisera EU-ländernas säkerhetsreglering, utan legitimeras istället som förbättring av den inre marknaden¹¹. Utifrån ovan nämnda observationer av unionsrättslig säkerhetsintegration belyser lagstiftningen därmed en potentiell konfliktyta i de fall då medlemsstaterna önskar värna sina nationella säkerhetsbefogenheter, men där reglering, med bas inom icke-säkerhetsrelaterade rättsområden¹², används för att nå säkerhetspolitiska målsättningar.

Syftet med förevarande uppsats är att med avstamp i denna konfliktyta undersöka hur kompetensriktigt antagande av inre marknad-reglering kan påverka medlemsstaternas möjlighet till exklusiv befogenhetsutövning när denna är så starkt kopplad till nationell suveränitet som i säkerhetsfrågor. Detta görs genom att studera FUD och vilka konsekvenser dess ikraftträdande

⁸ Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 28 ff.

⁹ Direktiv 2009/81/EG.

¹⁰ Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 40 ff samt 48 f; European Parliament, *The impact of the 'defence package' directives on European defence*, s 8–14; Trybus, *Research handbook on EU public procurement law*, s 524 ff; Artikel 346 FEUF.

¹¹ KOM (2007) 766 slutlig, s 8 f; Preamble till FUD; artikel 53(1), 62 samt 114 FEUF.

¹² Där EU besitter lagstiftningskompetens, jfr artikel 4(2) FEUF med artikel 4(2) FEU.

fått för möjligheten att skydda väsentliga informationssäkerhetsintressen via artikel 346(1)a FEUF.

För att uppnå uppsatsens syfte utgår studien ifrån fyra *frågeställningar*:

- (1) Vad är syftet med artikel 346(1)a och vad utmärker dess tillämpning?
- (2) Hur såg tillämpningsområdet för artikel 346(1)a ut *innan* direktivets ikraftträdande?
- (3) Vilken reglering inom FUD är av relevans för artikel 346(1)a?
- (4) Hur har rättsutvecklingen kring FUD *efter* dess ikraftträdande sett ut i förhållande till direktivets potentiella påverkan på artikel 346(1)a:s tillämpningsområde?

1.3 Avgränsningar

Ovanstående frågor omfattar långt ifrån hela den europeiska säkerhetsintegrationen. Frågor om kompetensfördelning kan diskuteras inom annan upphandling (av exempelvis medicinska förnödenheter) såväl som inom andra säkerhetsområden (exempelvis terrorbekämpning eller gränsbevakning). Vidare analyseras bara artikel 346(1)a FEUF, utan att vara den enda fördragsartikeln som omfattar säkerhetsmotiverade undantag. Exempelvis artikel 346(1)b FEUF hade varit lika relevant i en diskussion om kompetens och försvarsupphandling. Artikel 346(1)b delar emellertid flera av 346(1)a:s karakteristika och det blir därav ofrånkomligt att den berörs i viss mån, men tonvikten faller på delar av artikel 346 som särpräglar (a)-artikeln. Anledningarna bakom vad som valts in och vad som valts bort är, utöver tids- och ordomfång, flera. Kompetensrelationen mellan upphandlingsmarknaden och säkerhetsområdet är framförallt väldigt intressant. Detta med bakgrund i att den inre marknaden är det område där EU historiskt sett varit mest pådrivande¹³ samt att säkerhetsintegrationen inom unionen är en fråga med ökande relevans. Därtill lämpar sig fördragsundantag särskilt bra för att synliggöra frågor om grundläggande kompetensfördelning, då speciellt undantaget i artikel 346(1)a som utifrån dagens digitalt präglade säkerhetsläge och sitt, som kommer belysas nedan, breda tillämpningsområde ter sig synnerligen aktuell.

¹³ Reichel, s 111.

1.4 Material och metod

Besvarandet av frågeställningarna följer en EU-rättslig metod, vilket inom ramen för detta arbete syftar på ett studium av rättsutvecklingen baserat på de källor som är unika för EU-rättens framväxt.¹⁴ I enlighet med metoden granskas rättsutvecklingen kring artikel 346(1)a FEUF parallellt utifrån tre integrationsförlopp. Antagande av sekundärlagstiftning (*positiv integration*) studeras i sammanhanget som alternativ till, eller potentiellt ersättning för, gällande rätt inom ett område där EU-harmonisering saknas. Vidare berörs EUD:s rättspraxis från två infallsvinklar, dels som sätt att harmonisera områden där sekundärlagstiftning inte antagits, dels som metod för att tolka antagen sekundärlagstiftning i enlighet med EU-rättens mål och grundläggande principer (*negativ integration*).¹⁵ Vad principerna anbelangar undersöks de som har särskild relevans för kompetensfördelning, vilka i uppsatsen bedöms vara lojalitetsprincipen (artikel 4(3) FEU), principen om tilldelade befogenheter (artikel 5(2) FEU), proportionalitetsprincipen (artikel 5(4) FEU) samt principen om ömsesidigt erkännande.¹⁶ Slutligen utforskas också icke-bindande unionsakter (*soft law*), som exempelvis kommissionens meddelanden, i linje med den betydelse de kan tillmätas genom EUD:s rättstillämpning.¹⁷ Förutom källhantering nyttjas även unionsrättslig doktrin för att bidra med kontext och struktur i genomgången av de ovan nämnda rättskällorna.¹⁸

Metoden används genomgående för att kunna anlägga ett rättsutvecklingsperspektiv. Perspektivet ter sig som lämpligt då uppsatsens huvudfråga innefattar en undersökning av gällande rätt relaterandes till ett tydligt tidsperspektiv, d.v.s. *innan* respektive *efter* FUD:s ikraftträdande. Ett kritiskt förhållningssätt tillämpas också i den mening att åsikter om vad som konstituerar *de lege lata* ibland ifrågasätts eller problematiseras, men en diskussion *de lege feranda* förs inte.¹⁹

1.5 Forskningsläge

För användning av metoden finns en rik mängd material att tillgå, både vad gäller soft law och doktrin är FUD välomskrivet. Kommissionen har både före och efter direktivets ikraftträdande utfärdat flera meddelanden där försvarsupphandling respektive artikel 346 FEUF diskuteras. I

¹⁴ Jfr Reichel, s 109.

¹⁵ Jfr Reichel, s 119 ff samt 126.

¹⁶ Jfr Reichel, s 112 ff samt 127.

¹⁷ Reichel s 121 samt 127 f.

¹⁸ Jfr Kleineman, s 21 samt 28.

¹⁹ Jfr Kleineman, s 35 f samt 40 f.

doktrinen behandlas direktivet ingående av framförallt Trybus, som utifrån andra författares frekventa referenser till denne framstår som områdets store auktoritet. Det blir därmed många gånger oundvikligt att göra diverse poänger utan att förhålla sig till författarens värderingar. Andra verk att tillgå inom litteraturen är exempelvis omfattande lagkommentarer, Steinickes och Vesterdorfs (red.) för att nämna en, samt Bovis (red.) heltäckande forskningshandbok för kortfattade förtydliganden eller materialsök. Till skillnad från soft law och doktrin är underlaget på artikel 346(1)a dock tunt vad gäller rättspraxis, vilket bör noteras i den mån negativ integration analyseras.

1.6 Disposition

Uppsatsens avhandlande del följer de i inledningen uppställda frågeställningarna. Först förklaras och kontextualiseras artikel 346(1)a FEUF (Avsnitt 2), sedan behandlas rättsläget *innan* FUD (Avsnitt 3) och därefter följer en genomgång av rättsutvecklingen *efter* (Avsnitt 4) direktivets ikraftträdande. Slutligen analyseras den genomgångna rättsutvecklingen (Avsnitt 5) innan uppsatsen avslutas med de slutsatser (Avsnitt 6) som kan dras kring hur direktivet påverkat artikeln samt befogenhetsutövning rörande nationell säkerhet.

2. Artikel 346(1)a FEUF

2.1 Tillämpningsområde *ratione materiae*

Vad artikel 346(1)a²⁰ föreskriver är en möjlighet att göra avsteg från EU-rättsliga krav på informationsdelning i de fall dessa äventyrar en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen. Som följer av unionsrättens legalitetsprincip härstammar sådana delningskrav i sekundärlagstiftningen från fördragsartiklar, då främst den s.k. *lojalitetsprincipen* som kräver att medlemsstaterna vidtar alla lämpliga åtgärder som krävs för att realisera fördragsmålen samt för att bistå unionen i fullgörande av dess uppgifter²¹. Görs undantag från fördragen blir konsekvenserna följdriktigt att sekundärlagstiftningens krav på informationsdelning tappar sin verkan. Utifrån den systematiken är artikel 346(1)a alltså tillämplig där det i fördragen, alternativt i senare led i en sekundärrättslig unionsakt, finns krav på medlemsstaterna att dela information av något slag. Sådana krav finns det gott om i unionens upphandlingslagstiftning, exempelvis rörande publicering av utbudna upphandlingar eller rörande publicering av tilldelningsbeslut.²² Sammanfattningsvis har undantaget i artikel 346(1)a således stor betydelse för vilken information som behöver offentliggöras i direktivstyrda upphandlingsprocesser.

2.2 Prövning enligt artikel 348(2) FEUF

Vad som är speciellt med användningen av artikel 346(1)a FEUF är att den, förutom att kunna granskas inom ett ordinärt prövningsförfarande enligt artikel 258 FEUF, även kan angripas i en skraddarsydd prövningsprocess som sker bakom stängda dörrar.²³ Anledningarna bakom en sådan ordning kan vara flera, men den som både Trybus och kommissionen finner mest trolig är att processen tillkom som ett sätt att begränsa medlemsstaternas frihet under artikel 346 FEUF. Detta genom att göra prövning av undantagen möjlig genom att respekt för nationell säkerhet upprätthålls via den extra sekretess som erbjuds inom förfarandet.²⁴ Huruvida den eventuella

²⁰ Artikeln lyder: ”1. Bestämmelserna i fördragen ska inte hindra tillämpningen av följande regler: a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.”

²¹ Något som i praktiken kan sätta gränser för medlemsstaternas exklusiva befogenhetsutövning, även om kraven på lojalitet aldrig kan skapa nya förpliktelser, jfr artikel 4(3) FEU med 4(2) och 5(2) FEU samt se Butler, s 42 och Reichel, s 113.

²² Steinicke, Art.1 in The Public Sector Directive, s 130; Jfr även skäl 16 i FUD; Trybus, Buying defence and security in Europe, s 128 f; Se Artikel 50–51 i LOU-direktivet.

²³ Artikel 348(2) FEUF lyder: ”Med avvikelse från det förfarande som anges i artiklarna 258 och 259 får kommissionen [...] vända sig direkt till domstolen, om kommissionen [...] anser att en [...] medlemsstat missbrukar sina befogenheter enligt artiklarna 346 och 347. Domstolen ska meddela sitt avgörande inom stängda dörrar”.

²⁴ KOM (2006) 779 slutlig, s 7; Trybus, Buying defence and security in Europe, s 117 ff; jfr Artikel 258 FEUF.

metoden i praktiken kommer gagna medlemsstaterna är emellertid osäkert, då praxis (se nedan i avsnitt 3.2) pekar mot att kommissionen själv kan välja vilket förfarande den vill initiera när den ämnar ifrågasätta EU-ländernas undantagsanvändning.²⁵

²⁵ Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 123 ff.

3. Tillämpningsområde *innan* direktivet

Tiden innan FUD upplevde medlemsstaterna ofta att försvars-och säkerhetsmarknadens natur inte gick att sammanfoga med det då gällande upphandlingsdirektivet och valde istället att tillämpa enbart nationella regler även i fall där förutsättningarna enligt artikel 346 FEUF inte var uppfyllda. Hur rättsläget föll ut i praktiken gav alltså ingen rättvisande spegling av vad lag och praxis faktiskt föreskrev.²⁶

3.1 Utgångspunkter

Grundstommen i artikel 346(1)a FEUF är som påpekats termen väsentliga säkerhetsintressen. Begreppet ansågs inneslutet i medlemsstaternas prerogativ gällande nationell säkerhet och de var följaktligen ensamma om att kunna definiera dess innebörd. Rekviritet, som även återfinns i artikel 346(1)b FEUF, hade också förkunnats vara del av begreppet *allmän säkerhet* som likaså medger undantag från fördragen.²⁷ Flera av de tolkningsverktyg som kom att etableras kring artikel 346(1)a i och med målet *German Military Exports*²⁸, vilket undersöks nedan, hade därför sitt ursprung i tolkningar av allmän säkerhet och sedermera av artikel 346(1)b. Utifrån dessa skulle bedömningen av artikel 346(1)a ske restriktivt och från fall-till-fall, dessutom var medlemsstaten som önskade stödja sig på artikeln tvungen att bevisa dess nödvändighet.²⁹

Angående hur medlemsstaterna skulle bevisa nödvändigheten i sina åtgärder råder delade meningar huruvida rättsläget innan FUD gav uttryck för att en klassisk proportionalitetsprincip skulle tillämpas, såsom hade gjorts för undantag utifrån allmän säkerhet.³⁰ Pourbaix och Trybus är två författare av åsikten att inget mer än åtgärdernas nödvändighet berördes i relation till artikel 346, men av detta drar de olika slutsatser. Pourbaix menar att proportionalitetsprincipen medvetet aldrig tillämpats på artikeln. Trybus lyfter däremot fram att medlemsstaternas

²⁶ Trybus, *Research handbook on EU public procurement law*, s 524 ff; KOM (2005) 626 slutlig, s 5; KOM (2004) 608, s 6.

²⁷ Dock endast från specifika inre marknad-artiklar, se exempelvis artikel 36 samt 65(1)b FEUF; Pourbaix, s 6; jfr Mål C-367/89, *Richardt och Les accessoires scientifiques*, p 21–22; KOM (2007) 766 slutlig, s 2.

²⁸ Mål C-372/05, *Kommissionen mot Tyskland*; Notera att avgörandet meddelades efter FUD:s ikraftträdande, men eftersom det rörde ageranden före direktivets tillkomst speglar det rättsläget *innan* detta, jfr artikel 74 i FUD.

²⁹ Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 70 ff; jfr KOM (2006) 779 slutlig, s 5; jfr Mål 222/84, *Johnston*, p 26–27 samt Mål C-414/97, *Kommissionen mot Spanien*, p 21–22 med *Kommissionen mot Tyskland*, p 68–72.

³⁰ Principen innebär i korthet att varje åtgärd som innebär avsteg från unionens gemensamma målsättningar ska vara (a) nödvändig (d.v.s. lämplig för att uppnå avstegets mål), (b) det minst avvikande alternativet att tillgå, och (c) uttryck för en godtagbar balans mellan unionens och avstegets mål, se Herlin-Karnell s 46, mål 72/83, *Campus Oil Limited*, p 37, 39 samt 46–47 och mål C-347/88, *Europeiska kommissionen mot republiken Grekland*, p 47–49; Jfr Pourbaix med Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 110 ff.

invändningar i fallen där artikeln bedömdes var så uppenbart ogrundade att det inte går att skönja om principen avsiktligt inte användes, eller om övriga steg i prövningen helt enkelt inte behövdes.³¹ Nedan läggs fram att det går att ifrågasätta huruvida EUD aldrig tillämpade något av övriga steg i det klassiska proportionalitetstestet på artikel 346, men rättsläget innan FUD framstår likväl i sin helhet som oklart.

3.2 German Military Exports

Bakgrunden till kommissionens talan mot Tyskland i German Military Exports var att staten hade underlåtit att dela tulldeklarationer med EU vid import av försvarsmateriel.³² Mot anklagelserna återopade den tyska staten flera invändningar. Först presenterades en formell invändning mot talan, som Tyskland menade skulle avvisas såsom väckt på fel legal bas, då det ordinarie förfarandet i nuvarande artikel 258(2) FEUF använts istället för det i nuvarande artikel 348(2). Landet var av åsikten att det hade undandragit sig informationsdelningsplikt utifrån skydd för väsentliga säkerhetsintressen och att åtgärderna därmed skulle prövas som sådana.³³ Kommissionen hade emellertid grundat talan på brott mot sekundärrättslig tullagstiftning varpå EUD underkände invändningen.³⁴ Processen i artikel 348(2) verkar därmed vara valfri för kommissionen att använda, något generaladvokatens utlåtande i frågan också bestyrker³⁵.

Oavsett processform vidhöll Tyskland att landet p.g.a sekretessbehov dels inte var skyldigt att företa någon överföring av tullinformation, dels att staten saknade skyldighet att utge de uppgifter kommissionen behövde för att leda sina anklagelser i bevis.³⁶ Domstolen bedömde även dessa invändningar som grundlösa. Det fanns enligt EUD inget fog för att tullinformationen inte behövde delas, då tillämplig lagstiftning erbjöd de sekretesshänsyn som delningen kunde kräva. Slutligen underströks också att kommissionen enligt lojalitetsprincipen hade rätt att få ta del av uppgifterna, en rätt som dock ansågs kunna bortfalla i de undantagsfall där artikel 346(1)a faktiskt kunde tillämpas.³⁷

³¹ Pourbaix, s 3 samt 5–6; Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 111 ff samt 115–117.

³² Kommissionen mot Tyskland, p 1.

³³ Kommissionen mot Tyskland, p 28, 31–32 samt 67.

³⁴ Kommissionen mot Tyskland, p 29–30.

³⁵ GA Ruiz-Jarabo Colomer, p 33–36.

³⁶ Kommissionen mot Tyskland, p 31–32.

³⁷ Kommissionen mot Tyskland, p 74–76.

3.3 Sammanfattning

För att knyta ihop säcken som utgör rättsläget *innan* FUD kan det konstateras att artikel 346(1)a innan direktivets tillkomst omgärdades av flera tillämpningskrav som i ljuset av gemenskapsrättslig lagstiftning kunde göra undantaget omotiverat att tillämpa. Det återstod att se om FUD skulle få en liknande effekt på artikeln. Vidare kvarstod vid denna tidpunkt frågan om den till artikeln kopplade nödvändighetsbedömningen skulle göras som ett klassiskt proportionalitetstest eller inte. EUD:s prövning av Tysklands invändningar i relation till unionslagstiftningens sekretessbestämmelser kan icke desto mindre tolkas som en utredning av mindre inskränkande åtgärder och därmed som ett steg i den riktningen. Huruvida artikel 348(2) som frivillig processform hade någon funktion för EU-länderna var slutligen sammanfattat obesvarat.

4. Tillämpningsområde *efter* direktivet

4.1 FUD och Artikel 346(1)a FEUF

Den 21 augusti 2009 avslutades den första etappen av kommissionens arbete mot artikel 346 FEUF i och med direktivets ikraftträdande³⁸. Regleringskompetens rörande försvars-och säkerhetskänsliga upphandlingar har därmed blivit uttömd på nationell nivå.³⁹ I belysningen av direktivets bestämmelser förhåller sig nedanstående genomgång till författningens syfte som tilltänkt ersättare till, bland annat, artikel 346(1)a FEUF. Utifrån artikelns *ratione materiae*, tillämpningskrav, och de informationssäkerhetsyhänsyn som kan tas genom den, granskas således direktivets artiklar i motsvarande ordning.

4.1.1 Tillämpningsområde *ratione materiae*

Direktiv kan i egenskap av sekundärlagstiftning inte ändra på förhållanden fastslagna i fördragen och FUD kan således *strictu sensu* inte sätta gränser för artikel 346(1)a FEUF:s tillämplighet. Detta till trots görs en påminnelse om faktumet i direktivets andra artikel.⁴⁰ Mer relevant för artikel 346(1)a är istället att direktivet omfattar upphandlingar av s.k. känslig karaktär, vilket innefattar alla upphandlingsföremål till för *säkerhetsändamål* som ”inbegriper, kräver och/eller innehåller *sekretessbelagd* information [min böjning]”.⁴¹ Föremålen måste inte vara anpassade efter säkerhetsändamål på förhand och vad sekretessbelagd information anbelangar krävs att den enligt nationell författning sekretessbelagts specifikt med hänsyn till nationens säkerhetsintressen. Beslut om sekretessbeläggande får inte fattas för att hamna inom definitionen men det poängteras samtidigt att hänsyn tas till nationell praxis för hur processen går till.⁴² Inklusivitetens gränser har här medvetet lämnats flytande med insikt om bristen på en unionsrättslig definition av säkerhet, och tanken är därav att de flesta upphandlingar som inte kan kvalificeras som rent civila täcks in.⁴³ Utan att kunna påverka artikel 346(1)a:s tillämpningsområde täcker direktivets motsvarighet alltså på ett extensivt sätt in upphandlingar kopplade till informationssäkerhet. Förbudet mot dubiöst sekretessbeläggande gör dessutom att vissa upphandlingar som

³⁸ Se artikel 74 i FUD samt EUT L 216/76, 20.8.2009.

³⁹ Jfr artikel 2(2) samt 4(2)a FEUF.

⁴⁰ Artikel 2 i FUD; Skäl 16 i FUD.

⁴¹ Artikel 1(7) i FUD [Mina kursiveringar].

⁴² Artikel 1(8) i FUD; Skäl 20 i FUD; Kommissionen, Guidance Note Field of Application, p 13.

⁴³ Skäl 11 i FUD; Guidance Note FoA, p 12.

medlemsstaterna vill företa inom direktivet istället torde omfattas av andra, mindre säkerhetsanpassade, upphandlingsregler.

4.1.2 Undantag

Precis som artikel 346(1)a FEUF gör det möjligt att sluta kontrakt utanför upphandlingsregelverken finns undantag i direktivet som är tänkta att uppfylla samma syfte. Trybus understryker vikten av att notera att fördragsundantaget och direktivundantagen till sin natur skiljer sig åt på flera sätt. Artikel 346(1)a är ett allmänt undantag från *hela* gemenskapsrätten, det måste åberopas i varje enskilt fall och åberopandet utsätts för en nödvändighetsbedömning oavsett om sakfrågan faller inom artikelns tillämpningsområde. Direktivundantag påverkar motsatsvis inte fördragets tillämplighet och de proportionalitetsbedöms inte från fall-till-fall utan utestänger kategoriskt vissa specifika kontrakt, även om felaktiga kvalificeringar såklart kan överprövas. Gällande proportionalitetstest av direktivundantagen ska dock noteras att ett sådant eventuellt gäller för artikel 13(a) i FUD, vilket berörs nedan. Även om båda typerna av undantag kan åstadkomma att upphandlingar företas utanför direktivet ser alltså sättet de tillämpas inte ut på samma sätt. Och vid tillämpning av direktivets undantag kommer likväl fördragsstadgade krav att kvarstå, vilket kan få betydelse för informationssäkerhet i.o.m bl.a lojalitetsprincipens fördragsgivna roll.⁴⁴

4.1.2.1 Artikel 13(a)–(b) i FUD

I direktivets artikel 13(a)⁴⁵ återfinns en formulering som mer eller mindre är en exakt replika av lydelsen i artikel 346(1)a FEUF och kommissionen har också klargjort att direktivartikeln är baserad på denna. Huruvida artikeln trots inspirationen från 346(1)a har ett eget tillämpningsområde är däremot omtvistat. Kommissionen var tidigare (jfr avsnitt 4.2) av meningen att artikeln till skillnad från 346(1)a går utöver att föreskriva en rätt att undanhålla information, genom att den dessutom kopplar en sådan rätt till en konsekvens, nämligen att direktivet inte behöver användas.⁴⁶ Exakt hur detta skiljer artikelns tillämpningsområde från artikel 346(1)a:s dito framhålls, i ljuset av direktivets syfte, som oklart av Trybus. Direktivet ämnar som nämnt att hålla en maximal mängd upphandlingar inom upphandlingsregimen och utifrån detta mål finns det enligt Trybus ingen logik bakom att en upphandling kan vara så sekretesskänslig att direktivet inte klarar av att tillgodose dess informationsrelaterade

⁴⁴ Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 303 ff; Jfr Artikel 258 FEUF; Jfr Artikel 4(3) FEU.

⁴⁵ Artikelns lyder: ”Detta direktiv ska inte tillämpas i följande fall: a) Kontrakt för vilka tillämpningen av detta direktiv skulle kräva att en medlemsstat tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.”

⁴⁶ Kommissionen, *Guidance Note Security of Information*, p 24.

säkerhetsintresset utan att artikel 346(1)a samtidigt skulle vara tillämplig.⁴⁷ För kommissionens differentiering talar att det existerar en viss skillnad i att en upphandling undantagen enligt artikel 13(a) fortfarande omfattas av fördragets regler, men då direktivförfattaren beskriver artikelns tillämpningsområde som omfattandes kontrakt ”av särskilt känslig karaktär som kräver extremt hög sekretess”⁴⁸ är det svårt att i praktiken föreställa sig när skälen att avvika skulle vara godtagbara enligt denna men inte enligt fördragsundantaget. Ytterligare bevis för skillnadens obefintlighet är dessutom att kommissionens vägledning hävdar att artikel 346(1)a:s tillämpningskrav samt proportionalitetstest också ska gälla för artikel 13(a), eftersom situationerna när tillämpning av någon av artiklarna kan aktualiseras är så pass lika⁴⁹.

Ett komplement som i vart fall delvis konkretiserar artikel 13(a)s tillämpningsområde görs emellertid i artikel 13(b) i FUD⁵⁰, där upphandlingar inom underrättelseverksamhet kategoriskt presumeras vara för informationssäkerhetskänsliga för att ske enligt direktivets regler. Undantaget reglerar säkerhetskänsliga kontrakt och inte upphandlande myndigheter som sådana, vilket är tänkt att dels hindra att informationssäkra upphandlingar företagna av underrättelsetjänster sker utanför direktivet, dels att ta höjd för de varierande definitioner av underrättelseverksamhet som finns inom medlemsstaterna.⁵¹

4.1.3 Upphandlingsförfarandet

Regler rörande val och utförande av upphandlingar uppställer de främsta ramarna för hur den inre marknadens upphandlingsprinciper om icke-diskriminering, transparens och likabehandling ska följas i praktiken.⁵² Med hänsyn till upphandlande myndigheters informationssäkerhet ges i FUD möjlighet att, på ett sätt tänkt att respektera dessa principer, ange olika minimikrav som leverantörerna behöver uppfylla för att utföra uppdragen tillfredsställande.⁵³

⁴⁷ Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 278 ff.

⁴⁸ Skäl 27 i FUD.

⁴⁹ Guidance Note SoI, p 26.

⁵⁰ Artikeln har följande lydelse: ”Detta direktiv ska inte tillämpas i följande fall: [...] (b) Kontrakt som avser underrättelseverksamhet.”

⁵¹ Guidance Note SoI, p 27–28; Steinicke, *Art.13 in The Defence and Security Directive*, s 1294.

⁵² Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 311.

⁵³ Se artikel 22(3), 38–39 samt 42 i FUD; Bovis, s 47 f; Pedersen och Olsson, s 410.

4.1.3.1 Fullgörandevillkor

Avtal som sluts med vinnande anbudsgivare får kräva att leverantörerna utfäster och intygar att de kommer, samt klarar av, att skydda all sekretessbelagd information de behandlar under upphandlingens livscykel. I bedömningen av intygen får upphandlande myndigheter dessutom utgå från nationella sekretesstandarder och själva avgöra om utländska säkerhetsgodkännanden uppfyller dessa.⁵⁴ Eftersom denna frihet potentiellt kan verka inskränkande mot bl.a. etableringsfriheten poängteras i direktivet att fullgörandevillkoren inte får utfalla diskriminerande samt att myndigheterna är skyldiga att godkänna utländska kontroller av sekretessbehandlingsförmåga som de faktiskt bedömer som jämlika sina nationell motsvarigheter.⁵⁵ Utifrån bristen på ett gemenskapssystem för hur sådana kontroller ska bedömas⁵⁶ kan skyldighetens verkan dock ifrågasättas, eftersom den utan möjlighet till harmoniserad prövning kan undvikas genom att helt enkelt inte bedöma utländska godkännanden som likvärdiga.

4.1.3.2 Kvalitativa urvalskriterier

Liknande intygsrelaterade problemställningar återfinns även inom regelverken för kvalitativa urvalskriterier, vilka precis som fullgörandevillkoren tar sikte på leverantörens förmåga. Kriterierna måste utformas som objektiva trösklar, d.v.s antingen uppfylls de eller inte, det finns inget utrymme för värdering.⁵⁷ FUD identifierar uttömmande vilka parametrar som får användas i utvärderingen av anbudsgivarna, och tillförlitlighet i upprätthållande av informationssäkerhet pekas däri ut som särskilt viktigt.⁵⁸

Upphandlande myndigheter har möjlighet att bl.a utesluta leverantörer som allvarligt brutit i sina informationssäkerhetsrelaterade förpliktelser i tidigare kontrakt samt att utesluta leverantörer de inte bedömer vara tillförlitliga nog att inte konstituera risker för nationell säkerhet.⁵⁹ I båda fallen ges medlemsstaterna dessutom viss diskretion i motiveringen av uteslutningarna; i det första räcker att det tidigare kontraktsbrottet ”på något sätt styrks [min böjning]”⁶⁰ och i det andra kan t.om. skyddade källor grunda uteslutning. Vad som menas med termen *på något sätt*

⁵⁴ Artikel 22(2)–(3) samt skäl 43 i FUD.

⁵⁵ Artikel 20, 22(3) samt skäl 41 i FUD; Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 366 f.

⁵⁶ Jfr artikel 22(3) samt skäl 43 i FUD; Trybus, *Buying defence and security in Europe*, s 361 f.

⁵⁷ Pedersen och Olsson, s 410.

⁵⁸ Skäl 67, artikel 38–39 samt 42 i FUD; Guidance Note SoI, p 7; jfr Mål C-226/04, *La Cascina m.fl.*, p 21–22.

⁵⁹ Artikel 39(2)d–e i FUD.

⁶⁰ Artikel 39(2)d i FUD.

styrks har inte definierats i praxis, men kommissionen anser det innebära att i vart fall objektiva och verifierbara kriterier behöver användas.⁶¹ Rörande de skyddade källorna visar Trybus förståelse för tillåtelsen av bevismedlet som nödvändigt alternativ till artikel 346 FEUF, men menar samtidigt att det kan verka negativt mot den inre marknaden och transparensprincipen som incitamentssänkande för leverantörer som aldrig får veta varför de utesluts. Kommissionen påpekar dock att medlemsstaternas skön inte är oändligt då uteslutningarna fortfarande kan prövas som tillämpning av artikel 346(1)a inom en 348(2)-process, vilket torde vara möjligt men omgärdat av dubbla standarder.⁶² Medlemsstaterna kan enligt German Military Exports bevisligen inte åberopa ett sådant förfarande för att få större informationssäkerhet i prövningen⁶³, men kan likväl bli tvungna att röja en skyddad källa i densamma.

Slutligen ges som komplement till fullgörandevillkoren möjlighet att bortsortera leverantörer som inte intygar sin förmåga att hantera sekretessbelagd information. Jämväl i denna bedömning får bevis som inte bedöms likvärdiga under nationella krav förkastas, även om motsatsen uppmuntras.⁶⁴ Kommissionen understryker dessutom en ytterligare skyldighet för medlemsstaterna gällande dessa bestämmelser, nämligen att de måste vidta de undersökningar som krävs för att kunna verifiera huruvida ett intyg är likvärdigt. Den poängterar också att godkännanden bara är ett av flera hänsyn som tas till informationssäkerheten, likväl med en öppensinnad inställning till dessa kan upphandlande myndighet enligt kommissionen fortfarande med viss diskretion utesluta kandidater genom övriga urvalskriterier.⁶⁵ Det sista rådet från kommissionen kan möjligen påstås häröra från att användning av de två tidigare nämnda urvalskriterierna som framkommit lättare kan överprövas.

Dessa resonemang kring säkerhetsgodkännanden härstammar enligt Trybus från att det inte gick att enas om hur en regim för ÖE av sådana skulle utformas, varpå medlemsstaternas suveränitet inom området fick bestå. Om än omgärdad av knuffar i erkännandenas riktning.⁶⁶ Detta är vidare anledningen till att de inkorporerades som fullgörandevillkor samt urvalskriterier och inte som tilldelningskriterier; tilldelning hade gett för stor diskretion till medlemsstaterna att välja

⁶¹ Guidance Note SoI, p 8; Trybus, Buying defence and security in Europe, s 386.

⁶² Guidance Note SoI, p 9; Skäl 65 samt 67 i FUD; Trybus, Buying defence and security in Europe, s 387 f.

⁶³ Jfr Kommissionen mot Tyskland, p 28–30.

⁶⁴ Guidance Note SoI, p 17; Skäl 43, skäl 68, Artikel 42(1)j 2–4st i FUD; Jfr Artikel 42(1)j 2st i FUD med not 56.

⁶⁵ Guidance Note SoI, p 11–13.

⁶⁶ Trybus, Research handbook on EU public procurement law, s 538.

inhemska standarder, bestämmelser med krav på ÖE hade gått utöver unionens befogenheter.⁶⁷ Eftersom kommissionen alltså inte kan göra mer än att uppmantra ÖE återstår att se om EU-länderna, såsom skett förut i realiseringen av den inre marknadens friheter⁶⁸, kommer förpliktigas att acceptera varandras regleringar genom praxis.

4.1.4 Sammanfattning

Utan att i strikt mening påverka tillämpningsområdet för artikel 346(1)a FEUF fångar direktivets breda säkerhetsdefinition in många för informationssäkerhet relevanta upphandlingar. De blir därmed föremål för en sekundärrättslig prövningsram med undantag som, om än liknande, inte bedöms på samma sätt som fördragsundantaget. En avvikelse från detta utgörs av artikel 13(a) i FUD som mest verkar vara en påminnelse, liknande den i direktivets artikel 2, om att artikel 346(1)a fortfarande äger tillämpning trots direktivets existens. Undantaget i artikel 13(b) i FUD är tvärtom absolut i sin utformning och tar specifik hänsyn till varierande uttryck för underrättelseverksamhet i medlemsstaterna. Om direktivets undantag emellertid inte är tillämpliga ges däri möjligheter att garantera att informationssäkerheten upprätthålls. Vinnande anbudsgivare kan underställas sekretessförpliktelser i kontraktsvillkoren och i urvalet av vilka som bjuds in att lämna anbud kan leverantörer, vars förmåga att hantera känslig information inte bedöms tillräcklig, väljas bort. Här finns, i brist på en harmonisering av säkerhetsgodkännanden och p.g.a. de accepterade formerna för bevisning av anbudsgivarnas olämplighet, en diskretion för medlemsstaterna. Även om det enligt kommissionen tillika direktivförfattarna finns kriterier och prövningsförfaranden som sätter gränser för detta skön. Kommissionen försöker dessutom stävja eventuella skönsmässiga värderingar med uppmantran till ÖE och till val av vissa urvalskriterier framför andra.

4.2 Efterföljande rättsutveckling

4.2.1 Soft law

Via kommissionen har genom åren vissa för artikel 346(1)a FEUF relevanta klagoranden eller uppmaningar framkommit. Först och främst har artikel 13(a) i FUD och dess relation till artikel 346(1)a klagjorts i och med att kommissionen förtydligat att direktivartikeln endast är ett klaggörande av att FUD inte gäller när fördragsundantaget är tillämpligt.⁶⁹ Proportionalitetstestet

⁶⁷ SEC (2007) 1598 final, Avsnitt 6.2.3.2.

⁶⁸ Craig och De Búrca, s 712 ff; jfr Mål 120/78, Rewe-Zentral-AG och Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, p 8.

⁶⁹ COM (2012) 565 final, s 6.

har därpå berörts vid flera tillfällen och verkar enligt kommissionen följa en mer klassisk inre marknad-bedömning bestående av nödvändighet, jämförelse med alternativa åtgärder och anslående av en godtagbar balans. Slutligen har kommissionen avgett flera förslag för att pådriva ÖE av säkerhetsgodkännanden. Medlemsstaterna uppmuntras t.ex. att själva arbeta för att deras säkerhetsgodkännanden överensstämmer med andra länders samt allmänt till att använda EU-gemensamma registreringsystem för att underlätta att godkännanden används gränsöverskridande.⁷⁰

4.2.2 Praxis

I skrivandet stund har ingen process med bas i FUD:s tillämpningsområde gett upphov till en rättsligt bindande tolkning. I en dom från 2018 rörande informationssäkerhet vid upphandling av tjänster⁷¹ väger emellertid generaladvokat Kokott⁷² in direktivet i relation till artikel 346(1)a FEUF. Direktivet omnämns inte i EUD:s dom eftersom det inte var tillämpligt under perioden då fördragsbrotten skedde⁷³, men resonemangen däri torde ha betydelse även i sammanhang där artikel 346(1)a FEUF:s tillämpning inom försvars-och säkerhetsupphandlingar prövas.

Målet gällde kontrakt på framställning av sekretesskänsliga dokument som Österrike under en längre period direkttilldelat ett specifikt österrikiskt företag.⁷⁴ I domen klargörs inledningsvis att utpekandet av väsentliga säkerhetsintressen, precis som innan FUD, ankommer på medlemsstaterna endast.⁷⁵ Avsteg till förmån för sådana intressen, fortsätter EUD och generaladvokaten, handlar i realiteten alltid om att göra avsteg från fördragsfriheterna. Oavsett om de görs via artikel 346(1)a eller via upphandlingsdirektivens undantag.⁷⁶ För att direktivundantag ska godtas måste EU-länderna därför även i de fallen bevisa att de intressen som föranleder dem inte kan beaktas inom ramen för upphandlingsregelverken, underställt en proportionalitetsbedömning tillägger Kokott. Att regelverken som huvudregel tillgodoser medlemsstaternas säkerhetsintressen menar denne tydliggörs bara av FUD:s existens, som

⁷⁰ Jfr COM (2013) 542 final, s 7; Kommissionens rekommendationer (EU) 2018/264, s 5.

⁷¹ Mål C-187/16, Kommissionen mot Österrike.

⁷² GA Kokott i Kommissionen mot Österrike.

⁷³ Se Kommissionen mot Österrike, p 69 samt GA Kokott, p 30.

⁷⁴ Kommissionen mot Österrike, p 1 samt 44.

⁷⁵ Se Kommissionen mot Österrike, p 75; GA Kokott, p 48.

⁷⁶ Kommissionen mot Österrike, p 78; GA Kokott, p 41, 45, 53 samt p 71 not 34.

indikerar att även de mest känsliga upphandlingarna ska företas inom upphandlingsregimen.⁷⁷ Österrike hade enligt EUD alla möjligheter utifrån de prövade direktiven att t.ex. begära intyg över leverantörernas pålitlighet eller att utesluta dem i de fall intygen inte var övertygande nog. Möjligheterna hade Österrike likväl inte utnyttjat och staten förlorade därför målet.⁷⁸

4.2.3 Sammanfattning

Sedan FUD antogs har dess artikel 13(a) getts en tydligare relation till fördragsundantaget och nya förslag till sätt att likställa säkerhetsgodkännanden har också avgetts från kommissionen. Domen mot Österrike etablerar vidare att undantag, oavsett om de återfinns i FUD eller i fördragen, ska bedömas likadant. I ett sådant förfarande ska direktivets förmåga att tillgodose väsentliga säkerhetsintressen vägas in, vilket precis som rättsläget innan FUD talar för att en klassisk proportionalitetsbedömning används för artikel 346(1)a FEUF. Kommissionen och Kokott är åtminstone av denna åsikt. Slutligen tydliggör domen mot Österrike också att definitionen av väsentliga säkerhetsintressen även fortsättningsvis åläggs medlemsstaterna.

⁷⁷ Kommissionen mot Österrike, p 79 och däri gjorda referens till mål C-337/05, Kommissionen mot Italien, p 53 (liknande prövning av artikel 346(1)b FEUF); GA Kokott, p 54, 63 samt 67.

⁷⁸ Kommissionen mot Österrike, p 91, 93, 96.

5. Analys

5.1 Positiv integration

Efter undersökningen av hur FUD på olika sätt försöker beakta informationssäkerhet i syfte att dra ner på användningen av artikel 346(1)a FEUF framstår *avvägning* som områdets röda tråd. Tydligast blir detta vid läsning av artikel 2 samt 13(a) i direktivet som synliggör den inneboende motsättningen i att artikel 346(1)a och FUD rör sig inom samma *ratione materiae*, men utan att direktivets alternativ måste ges företräde framför fördragsundantaget. Utifrån denna realitet behöver direktivet utföra en svår balansakt. Tas för stor hänsyn till nationell informationssäkerhet ersätts helt enkelt medlemsstaternas påstådda skön i artikel 346(1)a med en liknande diskretion inom direktivet, tas för lite hänsyn agerar unionen utanför sina befogenheter och skapar sannolikt aversion mot användning av direktivet.

Exemplen på situationer där direktivet försöker jämka ihop dessa motstående fakta är därför flera. Tillämpningsområdet bjuder avsiktligt in till extensiva tolkningar och till att upphandlingar dessutom inte utan anledning ska gynnas av FUD:s informationssäkerhetsanpassade regler, men lämnar samtidigt respekt för nationell praxis liknande den som också lämnas säkerhetsgodkännanden. En snarlik förlikning görs också i artikel 13(b) där allt för kategoriska undantag undviks parallellt med att medlemsstaternas sätt att bedriva underrättelseverksamhet inte medlas med. Bestämmelserna rörande upphandlingsförfarandet ger slutligen medlemsstaterna flera möjligheter att värna informationssäkerhet under olika delar av upphandlingen och detta med tydliga avkall på grundläggande upphandlingsprinciper såsom principerna om icke-diskriminering och transparens. Likväl väljer direktivförfattarna att inkorporera delar av dessa informationssäkerhetshänsyn i just urvalskriterier för att inte riskera godtyckliga värderingsprocesser. Kommissionen gör vidare vad den kan för att minimera sådana genom bedyrande om vissa kriterier för, samt sätt att pröva, medlemsstaternas bevis för uteslutning. I denna kontext uppmuntrar den dessutom till att just de mer påverkansbara uteslutningsmetoderna väljs och till att frivilligt ÖE görs för att motverka den brist på gemenskapsinflytande som råder över jämförelserna av säkerhetsgodkännanden.

Anpassningar av vad som skulle vara de mest marknadsfrämjande lösningarna görs alltså genomgående för att undvika att inkräkta på EU-ländernas exklusiva rätt i förhållande till väsentliga säkerhetsintressen, som både före och efter FUD enligt praxis består. Att avgöra vad som är av intresse att sekretessbelägga, hur underrättelseverksamhet bedrivs eller med vilken säkerhet konfidentiell information måste behandlas är rätt och slätt något unionslagstiftaren inte

tycker sig ha kompetens att göra. Medvetna om detta faktum tar kommissionen till de medel som står den till buds för att istället på icke-bindande väg styra användningen av FUD utefter direktivets ändamål. I slutändan har emellertid inte utfallet av bestämmelsernas inneboende avvägningar fastslagits av EUD vilket gör det svårt att svara på om de *de facto* minskar artikel 346(1)a:s tillämpningsområde. De erbjuder ett materiellt alternativ, som *om* det används minskar fördragsundantagets faktiska tillämpning, men om deras informationssäkerhetskänslighet visar sig ge medlemsstaterna samma marginal som via artikel 346(1)a spelar det i praktiken mindre roll vilket instrument som tillämpas. Hur bestämmelsernas rekvisit med bindande verkan definieras, och hur domstolen förhåller sig till de områden lagstiftaren uppenbarligen inte velat beröra, blir därav avgörande. Av relevans är också om den praxis som omgärdade artikel 346(1)a innan FUD har förändrats till följd av direktivets ikraftträdande. Hur säkerhet kan beaktas inom upphandlingslagstiftningen blir exempelvis av ökad vikt för eventuella proportionalitetsbedömningar, om regleringens blotta existens som Kokott hävdar ger skäl för att informationssäkerhetskänsliga upphandlingar som huvudregel ska företas inom regimen.

5.2 Negativ integration

Utifrån Kokotts uttalande, domskälen i Kommissionen mot Österrike och att FUD samt artikel 346(1)a FEUF delar *ratione materiae* torde det vara uppenbart att FUD i en proportionalitetsbedömning av fördragsundantaget kan bedömas vara ett mindre inskränkande alternativ jämfört med detta. FUD har dessutom uttömt möjligheten för medlemsstaterna att själva reglera aktuella upphandlingar och det är därmed dessa alternativ för säkerhetskänslighet som kan jämföras. Att en sådan bedömning av mindre marknadshämmande alternativ också ska ske framläggs än en gång som mycket troligt. Oaktat om avgörandet i German Military Exports ger skäl för att så var fallet innan FUD, eller om det fastslogs först i domen mot Österrike, är det relevanta alltså att FUD endast genom att finnas kan göra prövningen striktare. Huruvida denna är tänkt att innefatta steg tre i det klassiska proportionalitetstestet, anslående av en godtagbar balans mellan unionens och medlemsstaternas intressen, förtäljer likväl inte nuvarande rättsläge. Kokott och kommissionen är bevisligen pro ett innefattande, men eftersom medlemsstaternas invändningar i German Military Exports och i Kommissionen mot Österrike underkändes innan denna punkt blir uttalanden kring EUD:s hållning i frågan endast spekulationer.

På samma sätt som FUD:s existens kan göra proportionalitetsbedömningen strängare kan direktivet också bidra till konkretion av vilka krav som ställs på medlemsstaterna enligt lojalitetsprincipen och följaktligen till förtydligande av vilka motstående intressen tillämpningen av artikel 346(1)a FEUF ska respektera. I German Military Exports stärkte principen

genomslaget av gemenskapsrättens informationsdelningskrav och på samma sätt bör principen kunna stärka effekten av skyldigheten att undersöka samt, om likvärdiga, acceptera säkerhetsgodkännanden. I brist på harmonisering av sekretesstandarder måste det nämligen rimligtvis vara principens krav på utförande av åtgärder för fördragsmålens realisering som direktivets skyldighet vilar på. Frågan har ändock inte avgjorts av EUD. Med hänsyn till den respekt för medlemsstaternas befogenhet att själva avgöra när likvärdighet råder, som belyses av relevanta bestämmelser i FUD såväl som av kommissionens taktik att uppmuntra frivilligt ÖE, är det inte otänkbart att domstolen skulle förhålla sig mer passiv än vad den tidigare gjort gällande ÖE på den inre marknaden.

5.3 Definitiva avgränsningar i tillämpningsområde

Resonemang kring hur den positiva, tillika den negativa, integrationen av FUD påverkar artikel 346(1)a FEUF omgärdas som utläses mycket av antaganden. Antaganden, som utan rättsliga avgöranden kring direktivet, varken kan konfirmeras eller dementeras. Utifrån den avhandlande delen i denna text går det dock att skönja två rättsutvecklingsspår där fördragsundantagets tillämpningsområde mer definitivt har påverkats.

Det första rör direktivets undantag. Dessa var med undantag för artikel 13(a) inte ämnade att följas av proportionalitetstest eller fall-till-fall-prövning men underställs numera båda. Artikel 13(b) i FUD prövas alltså lika hårt som artikel 346(1)a och eftersom fördragsstadgade krav likväl kvarstår när tillämpning av direktivundantaget accepteras ger det, vad informationssäkerhetshänsyn anbelangar, sämre resultat för medlemsstaterna. Att påminna om i sammanhanget är givetvis att FUD som nämnt inte kan påverka rätten att åberopa artikel 346(1)a varpå denna kan användas istället. Oavsett vilken undantagsgrund en medlemsstat väljer att åberopa görs detta emellertid som svarande, vilket relaterar till det andra utvecklingsspåret. Nämligen att artikel 348(2)-processen, efter German Military Exports samt p.g.a. kommissionens tilltänkta användning av förfarandet mot medlemsstaternas skyddade källor, överhuvudtaget inte premierar de informationssäkerhetshänsyn den är tänkt att garantera. Något som indirekt krymper artikel 346(1)a:s tillämpningsområde då försök att skydda säkerhetsväsentlig information, oavsett om artikel 346(1)a eller FUD används, kan bli omintetgjorda vid prövning.

6. Slutsatser

Hur kan kompetensriktigt antagande av inre marknad-reglering alltså påverka exklusiv medlemsstatsbefogenhet kopplad till nationell säkerhet? Svaret utifrån ovanstående studie av FUD:s konsekvenser för artikel 346(1)a FEUF:s tillämpningsområde är att regleringen generellt utformas i kompromissanda och med viss försiktighet för att undvika befogenhetsöverträdelser, men att själva antagandet av lagstiftningen i samspel med negativ integration kan göra medlemsstaternas exklusiva bestämmanderätt mer utsatt för begränsningar. Ett undantag till unionens försiktighet syns i hur direktivets undantag bedöms och i hur artikel 348(2) FEUF är tänkt att användas i relation till författningen. Två företeelser som konstituerar tecken på att mer aktiva försök till kontroll av medlemsstaternas exklusiva befogenhetsutövning kan göras för att ge marknadsregleringen genomslag. Flera slutsatser hade i slutändan emellertid vunnit på att kompletteras av en rik rättspraxis, uppsatsens syfte och huvudfråga är därmed aktuella även framöver.

7. Litteratur-och källförteckning

Litteratur

Bovis, Christopher, ”The principles of public procurement regulation” i Bovis, Christopher (red.), Research handbook on EU public procurement law, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, s 35–59.

Butler, Graham, Constitutional law of the EU's common foreign and security policy: competence and institutions in external relations, Hart Publishing, Oxford, 2019.

Cassar, Valentina, ”The Future of European Security and Defence: Keeping the Americans in?” i Harwood, M., Moncada, S., Pace, R. (eds), The Future of the European Union - Demisting the Debate, Institute for European Studies, Malta, 2020, s 128–146.

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, EU law: text, cases and materials, 6. ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

Herlin-Karnell, Ester, ”Constitutional Principles in the Area of Freedom, Security and Justice” i Acosta Arcarazo, Diego & Murphy, Cian C. (red.), EU security and justice law: after Lisbon and Stockholm, Hart, Oxford, 2014, s 38–53.

Jonsson Cornell, Anna, ”The National Security Challenge to EU Legal Integration” i Bakardjieva Engelbrekt, Antonina & Groussot, Xavier (red.), The future of Europe: political and legal integration beyond Brexit, Hart Publishing, Oxford, 2019, s 151–171.

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod” i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s 21–46.

Pedersen, Kristian och Olsson, Erik, ”The role of the European Court of Justice in public procurement” i Bovis, Christopher (red.), Research handbook on EU public procurement law, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, s 390–420.

Pourbaix, Nicolas, ”The Future Scope of Application of Article 346 TFEU” i Public Procurement Law Review, 2011, 1–8.

Reichel, Jane, ”EU-rättslig metod” i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s 109–142.

Sauter, Wolf, ”Proportionality in EU Law: A Balancing Act?” i Vol. 15 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2013, s 439–466.

Steinicke, Michael, [Commentary on Art.1 in The Public Sector Directive 2014/24/EU] i Steinicke, Michael & Vesterdorf, Peter L. (red.), EU Public Procurement Law: Brussels commentary, First Edition, C. H. Beck, München, 2018, s 127–133.

Steinicke, Michael, [Commentary on Art.13 in The Defence and Security Directive 2009/81/EC] i Steinicke, Michael & Vesterdorf, Peter L. (red.), EU Public Procurement Law: Brussels commentary, First Edition, C. H. Beck, München, 2018, s 1292–1300.

Trybus, Martin, Buying defence and security in Europe: the EU Defence and Security Procurement Directive in context (kortform. Buying defence and security in Europe), Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Trybus, Martin, ”The new EU defence procurement regime” i Bovis, Christopher (red.), Research handbook on EU public procurement law, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, s 523–547.

Offentliga tryck

Europeiska unionen

Kommissionen

Försvarsupphandlingar, Grönbok, KOM (2004) 608 slutlig.

Om resultaten av samrådet i anslutning till grönboken om försvarsupphandlingar och om kommissionens framtida initiativ, Meddelande från kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, KOM (2005) 626 slutlig.

Tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar, KOM (2006) 779 slutlig.

Impact assessment, Commission staff working document, Accompanying document to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security, SEC (2007) 1598 final.

Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa offentliga kontrakt för bygg och anläggningsarbeten, varor och tjänster på försvars- och säkerhetsområdet, KOM (2007) 766 slutlig.

Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om införlivandet av direktiv 2009/81/EG om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, *COM (2012) 565 final*.

Mot en mer konkurrenskraftig och effektiv försvars- och säkerhetssektor, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittéen samt Regionkommittéen, *COM (2013) 542 final*.

En europeisk försvarshandlingsplan, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittéen samt Regionkommittéen, *COM (2016) 950 final*.

Kommissionens rekommendation (EU) 2018/264 av den 20 april 2018 om gränsöverskridande marknadstillträde för underleverantörer och små och medelstora företag inom försvarssektorn, EUT L 102/87, 23.4.2018.

Strategi för EU:s säkerhetsunion, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittéen samt Regionkommittéen, *COM (2020) 605 final*.

Sekundärlagstiftning

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (Försvarsupphandlingsdirektivet), EUT L 216/76, 20.8.2009.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94/65, 28.3.2014.

Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2016/1148 av den 6 juli 2016 om åtgärder för en hög gemensam nivå på säkerhet i nätverks- och informationssystem i hela unionen, EUT L 194/1, 19.7.2016.

Övriga källor

Europeiska unionen

Kommissionen

Guidance Note Field of Application (kortform. Guidance Note FoA), Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Directorate General Internal Market and Services, u.å, <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15407/attachments/1/translations/en/renditions/native>>, besökt 2021-05-20.

Guidance Note Security of Information (kortform. Guidance Note SoI), Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Directorate General Internal Market and Services, 2016, <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15411/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>>, besökt 2021-05-20.

Europaparlamentet

The Impact of the 'defence package' directives on European defence, Policy Department, Directorate General for external policies, European Parliament, 2015, <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549044/EXPO_STU\(2015\)549044_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/549044/EXPO_STU(2015)549044_EN.pdf)>, besökt 2021-05-20.

Europeiska rådet

En ny strategisk agenda 2019-2024 (kortform. En ny strategisk agenda), Europeiska rådet, 2019, <<https://www.consilium.europa.eu/media/39936/a-new-strategic-agenda-2019-2024-sv.pdf>>, besökt 2021-05-21.

Rådet

Council Conclusions on Security and Defence, Council Conclusions 8910/20, General Secretariat of the Council in Brussels, 17 June 2020, <<https://www.consilium.europa.eu/media/44521/st08910-en20.pdf>>, besökt 2021-05-20.

8. Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål 120/78, *Rewe-Zentral-AG och Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42.

Mål 72/83, *Campus Oil Limited m.fl och Ministern för industri och energi, Irland, The Attorney General, Irish National Petroleum Corporation Limited*, EU:C:1984:256.

Mål 222/84, *Marguerite Johnston och Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, EU:C:1986:206.

C-347/88, *Europeiska kommissionen mot republiken Grekland*, EU:C:1990:470.

C-367/89, *Richardt och Les accessoires scientifiques*, EU:C:1991:376.

C-83/94, *Leifer m.fl*, EU:C:1995:329.

C-414/97, *Kommissionen mot Spanien*, EU:C:1999:417.

C-273/97, *Angela Maria Sirdar och The Army Board, Secretary of State for Defence*, EU:C:1999:523.

C-226/04, *La Cascina m.fl*, EU:C:2006:94.

C-337/05, *Kommissionen mot Italien*, EU:C:2008:203.

C-372/05, *Kommissionen mot Tyskland*, EU:C:2009:780.

C-187/16, *Kommissionen mot Österrike*, EU:C:2018:194.

Förslag till avgöranden

GA Ruiz-Jarabo Colomer i C-284/05, *Kommissionen mot Finland m.fl*, EU:C:2009:67.

GA Kokott i C-187/16, *Kommissionen mot Österrike*, EU:C:2017:578.

Tribunalen

T-26/01, *Fiocchi Munizioni mot Kommissionen*, EU:T:2003:248.