

Juridiska fakultetskansliet

Utrikesdepartementet

## **Remiss: Europeiska kommissionens förslag till ett krisinstrument för den inre marknaden**

Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet har ombetts att yttra sig över ovan nämnda förslag.

### **Inledande synpunkter**

Spänningen mellan autonomi och behovet av överstatlig samordning har gått som en röd tråd genom utvecklingen från en europeisk ekonomisk gemenskap (EEG) till en europeisk union (EU). Kanske är det mest talande exemplet på medlemsstaternas kluvna förhållande till europasamarbetet än idag det s.k. ”solange debaclet” som pågick innan Sverige anslöt sig till unionen. Trots att gemenskapernas domstol som numera benämns EU-domstolen (EUD) förklarade det uppenbara att en EU-förordning gäller i medlemsstaterna med företräde framför all nationell rätt, beslöt den då västtyska författningsdomstolen att acceptera EEG-rättens företräde endast så länge de överstatliga reglerna ej åsidosatte nationella grundläggande rättigheter. Genom förordningen som målet rörde ålades producenter av spannmål att avsätta medel till fonder för stödköp från länder utanför samarbetsområdet (tredje land) i händelse av kris eller krig, och då det skulle innebära en stor ekonomisk börda för små och medelstora företag ansåg den tyska domstolen att kravet stod i strid med deras grundläggande rätt till näringsfrihet. I mitten av 1980-talet kunde dock den tyska författningsdomstolen acceptera principen om gemenskapsrättens företräde till följd av att EUD hade förklarat att grundläggande rättigheter skulle beaktas som allmänna rättsprinciper i all överstatlig reglering. Genom Lissabonrevisionen 2009 fick rättighetsstadgan som antagits 2000 ställning som primärrätt och alltsedan dess är all reglering inom unionens tilldelade befogenheter värdegrundsstyrd. Även om det än i dag finns en utbredd ovilja att acceptera unionsrättens företräde strider det mot hela tanken med europasamarbetet att ha 27 varianter av unionsrätt, och den tyska författningsdomstolen har istället sökt förlita sig på gränserna för de tilldelade befogenheterna. Lärdomen från skyddet av grundläggande rättigheter är att en inre marknad kräver alltmer samordning och rörelsen mot ökad överstatlighet framstår som närmast oundviklig.

I rapporten ”EU Crisis Management” från Sveriges institut för europapolitiska studier (Sieps) våren 2022 beskriver en av författarna behovet av ett gemensamt europeiskt svar

---

### **Juridiska fakultetsnämnden**

på interna och externa hot och problemet med hur pandemin kunde hanteras endast genom informella beslut. Naturligtvis är det en riktig beskrivning och ingen nationell regering kan med gott samvete hävda att medborgarna skulle ha fått samma tillgång till vaccin utan samordning på unionsnivå. Vidare går det ej att med någon bestämdhet förutsäga hur nästa kris kommer att se ut även om det finns studier som rör allt ifrån klimatförändringar och terrorattentat till asteroidnedslag. Däremot är det ett rimligt antagande att Europa inte kommer förskonas från kriser. I ljuset av detta kan det tyckas vara naturligt att unionen vidtar åtgärder för att skapa en krisberedskap. Samtidigt går det ej att bortse ifrån att den Europeiska kommissionens förslag till krisinstrument innebär långtgående begränsningar i medlemsstaternas redan kringskurna autonomi. Även om man liksom biskop Brask skulle smyga med en liten lapp där det står ”härtill är jag nödd och tvungen” innebär regleringspaketet att kommissionen inom en snar framtid skulle vidta åtgärder för att förmå både medlemsstater och företag att bygga upp en krisberedskap samt tillerkännas en långtgående möjlighet ta över styråran i händelse av kris.

Förslaget ska ses i ljuset av de omfattande åtgärder som nu vidtas avseende t.ex. kritisk infrastruktur och datasäkerhet samt den politiska koordineringsmekanismen som redan är på plats. Visst är det lätt att halka in i gamla hjulspår och börja diskutera ett ”demokratiskt underskott” när så mycket makt flyttas från parlamentariska församlingar till tjänstemän och samarbetsfora. Här ska dock sägas att hela EU-projektet syftar till att stabilisera Europa genom normativ målstyrning som kan stå emot politiska kastvindar och en tilltagande teknopopulism. Som redan Platon uppmärksammade kan demokratin gå över styr och även om det inte finns ett bättre styrelseskick kan demokratin behöva kvalificeras i en tid av globalisering. Att avhända sig beslutanderätt till överstatliga institutioner och att dela känslig information med centralorgan förutsätter dock förtroende och slutsatsen att det helt enkelt är nödvändigt. Nu är detta ett politiskt beslut som en juridisk fakultet inte kan uttala sig närmare om. Istället kommer den fortsatta framställningen att handla om några regleringstekniska aspekter av den Europeiska kommissionens förslag till ett krisinstrument för den inre marknaden.

### **Särskilt om tilldelade befogenheter**

Som nämns i den föreslagna förordningen om ett krisinstrument finns oundvikligen beröringspunkter mellan å ena sidan åtgärder som säkerställer tillgången till vissa varor, tjänster och nyckelpersoner där de behövs som mest inom unionen i händelse av kris, och å andra sidan skyddet av den nationella säkerheten inom medlemsstaternas territorier. Medan den nationella säkerheten ska vara varje medlemsstats eget ansvar enligt Artikel 4(2) i Fördraget om den Europeiska unionen (FEU), har unionen och medlemsstaterna i enlighet med Artikel 4(2)(a) i Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) däremot delade befogenheter att reglera den inre marknaden. Vidare har medlemsstaterna genom Artikel 3 FEU tilldelat unionen exklusiva befogenheter rörande den gemensamma handelspolitiken inbegripet direkta investeringar. Frågan inställer sig därför om den föreslagna förordningen i något avseende kan anses vara *ultra vires* för att använda den tyska författningsdomstolens vokabulär? Har med andra ord unionslagstiftaren gått utöver sina tilldelade befogenheter och tassat in på den nationella säkerhetens område genom det föreslagna krisinstrumentet?

I förordningen om ett krisinstrument förslås att det ska skapas ett ”råd” med en representant från varje medlemsstat för beredskapsplanering på området som leds av Kommissionen och som kompletterar liknande samarbetsorgan som redan har upprättats.

Även om mängden specialorgan på EU nivå börjar bli överskådlig och den administrativa överbyggnaden leder tankarna till planekonomi snarare än socialliberalism är det väl så att ingen vet allt och att olika experter behövs på olika områden. Rådets uppgifter preciseras närmare i förordningens Artikel 4 och här finns ej möjlighet att genomlysna de praktiska fördelarna och nackdelarna med ett sådant organ. Däremot står det klart att det ej kan vara i strid med Artikel 4(2) FEU att skapa ett sådant råd och gränserna får nog dras kasuistiskt av medlemsstaten när olika frågor behandlas. På den abstraktionsnivå som vi nu befinner oss måste även krisplaneringsåtgärderna som föreslås i förordningen anses huvudsakligen säkerställa produktion och distribution av de varor och tjänster som anses vara kritiska, samt rörlighet av nyckelpersoner. Visst är förslagen rörande strategiska reserver, säkerställande av produktion, övervakningsmekanismer, kommunikationsprotokoll, och systemet för samordnad offentlig upphandling långtgående, men för att svara på frågan om de huvudsakligen rör nationell säkerhet måste man först veta vad föremålet för åtgärden är. Med andra ord måste de nationella myndigheterna som berörs göra avvägningen i det enskilda fallet om de föreslagna åtgärderna skulle få konsekvenser för nationell säkerhet.

Även åtgärderna som kan vidtas i beredskapsläge och krisläge tar sikte på att förena den inre marknadens funktionssätt med åtgärder som är nödvändiga för att hantera en kris. Av det som framgår av förslaget är även anpassningarna av de sektorspecifika regelverken genom den s.k. omnibusförordningen och det s.k. omnibusdirektivet avsedda att främst säkerställa produktion och distribution av vissa varor och tjänster i kristider. Att göra prioriteringar och sänka kraven på kontroll och kvalitet utan att tulla på basala mänskliga rättigheter torde vara rimligt och även om kommissionen ges långtgående befogenheter rör regleringen utan tvivel främst den inre marknadens funktionssätt. Förvisso kan valet av rättsakter som omfattas av omnibusakterna kunna diskuteras, men i detta remissvar kan endast det föreslagna regleringsåtgärderna bedömas. Med tanke på att EU redan har en utvecklad utrikes- och säkerhetspolitik och ett fördjupat samarbete även på det militära området är det osannolikt att det föreslagna krisinstrumentet *per se* skulle kunna anses ligga utanför EU:s tilldelade befogenheter.

### **Särskilt om subsidiaritet, proportionalitet och protokoll 2**

Även om den Europeiska kommissionens förslag till krisinstrument får anses primärt röra den inre marknadens funktionssätt, innebär de delade befogenheterna på område att de föreslagna åtgärderna kan anses ligga inom ramen för unionens tilldelade befogenheter endast om de är förenliga med subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen såsom de kommer till uttryck i Artikel 5(3) respektive (4) FEU. När det gäller subsidiaritetsprincipen är det helt uppenbart att en koordinerad krisberedskap inom union kräver överstatliga åtgärder som motverkar en splittrande protektionism. Erfarenheterna från pandemin är att solidaritetens fernissa lätt flagnar av när det börjar blåsa snålt och att särintressena kan leda till oproportionerliga handelshinder. Förvisso kan den fria rörligheten av varor, tjänster och personer alltid begränsas om det finns en godtagbar anledning och som problemet med Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE) visade kan det t.o.m. vara berättigat att helt förbjuda import från en medlemsstat om människors och djurs liv och hälsa står på spel. Till skillnad från sådana importrestriktioner var dock problemet under pandemin att medlemsstater hindrade export av vaccin och skyddsutrustning. Överlag stod medlemsstaterna handfallna inför smittspridningen och på nationell nivå uppdagades såväl organisatoriska problem som förvunna beredskapslager.

Här finns alltså föga anledning att ifrågasätta kommissionens måhända fåordiga konstaterande att det föreslagna krisinstrumentet är förenligt med subsidiaritetsprincipen.

Om den svenska regeringen ändå skulle komma till slutsatsen att kraven på inventering, åtgärder för att bygga upp strategiska reserver, rapporteringsskyldigheten eller någon annan del i förslaget bättre kan åtgärdas på nationell nivå, är det möjligt att i samverkan med andra medlemsstater begära en revidering i enlighet med det andra tilläggsprotokollet till grundfördragen.

När det sedan gäller proportionalitetsprincipen är den centrala frågan om det är *nödvändigt* att vidta de föreslagna åtgärderna för att uppnå de målsättningar som har identifierats. För att besvara frågan om det är nödvändigt att unionen vidtar åtgärder istället för medlemsstaterna krävs en *vertikal* proportionalitetsbedömning som inte är att förväxla med den *horisontella* proportionalitetsbedömning som enligt Artikel 52 i EU:s rättighetsstadga krävs för att sammanjämka motstridiga rättigheter och samhällsintressen. För att avgöra huruvida det föreslagna krisinstrumentet är i alla delar nödvändigt beror på krisberedskapens ambitionsnivå. Om medlemsstaterna vill stå så väl rustade som det bara går inför nästa kris så krävs en räfst som omfattar stora delar av den offentliga förvaltningen och näringslivet. Om medlemsstaterna vill ha en plan för hur en krisorganisation skapas vid behov är det ej nödvändigt att redan i förväg utveckla en beredskapsliknande organisation. Utan att föregripa några politiska beslut, kan här påminnas om det gamla talesättet att ”det går inte att äta kakan och ha den kvar”. Medan ett land som tror sig kunna klara alla tänkbara kriser på egen hand intar en skeptisk hållning till kommissionens proportionalitetsbedömning är ett sårbart land mer benäget att gå med på de föreslagna åtgärderna, men inget land kan uppnå det skydd som krisinstrumentet ger utan att samtidigt acceptera ytterligare betydande begränsningar i sin autonomi.

För att kunna ifrågasätta kommissionens proportionalitetsbedömning krävs en annan målbild för den överstatliga samordningen än den som ligger till grund för det föreslagna krisinstrumentet. Om ambitionsnivån accepteras är de föreslagna åtgärderna överlag väl kalibrerade. I ljuset av väl kända omvärldsfaktorer är det troligt att ett flertal medlemsstater kommer acceptera den höga ambitionsnivån. För den som ser behov av europeisk samordning på området kan kommissionens möjlighet att endast *rekommendera* medlemsstater att distribuera strategiska reserver framstå som en alltför snäv begränsning av medlemsstaternas autonomi.

När det gäller förslagens materiella innehåll kan även horisontell proportionalitet diskuteras. Exempelvis innebär möjligheten att göra undantag från kontroller och produktsäkerhet att proportionalitetsavvägningen mellan marknadstillträde och konsumentskydd ändras så att det bara är ”nödvändigt” att skydda basala mänskliga rättigheter. Sådana förskjutningar i balanspunkten mellan olika intressen är dock inget ovanligt. I den närbesläktade Europeisk konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) som inkorporerats i svensk rätt genom Lag (1994:1219) fastställer Artikel 15 att avvikelser kan göras från flertalet konventionsförpliktelser vid nödläge. Vidare vägs företagets näringsfrihet enligt Artikel 16 i EU:s rättighetsstadga mot övergripande samhällsintressen såsom att ha beredskapslager och att snabbt kunna ställa om industrin ytterst för att skydda liv och hälsa i händelse av kris eller krig. Som nämns i förslaget måste även tillgången till information vägas mot såväl personuppgiftsskydd som

sekretess och här finns samband med åtgärderna på datasäkerhetsområdet. Utan att närmare gå in på varje proportionalitetsbedömning som i detta avseende kan aktualiseras finns det inget schematiskt problem med krisinstrumentet.

### **Särskilt om överskådlighet och REFIT**

Såsom förklaras i inledningen till den tänkta förordningen om ett krisinstrument finns det redan såväl flera ”horisontella” unionsåtgärder för krishantering som riktade krishanteringsinstrument. Medan förordningen om ett krishanteringsinstrument skulle komplettera tidigare horisontella åtgärder ska riktade instrument rörande exempelvis finansmarknader, läkemedel, medicinsk utrustning, matvaror och jordbruk ses som *lex specialis*. För dessa kategorier av varor och tjänster finns alltså särskilda system för krishantering. Vidare ska olika åtgärder vidtas inom krishanteringsinstrumentet beroende på om varorna omfattas av omnibusregelverken eller endast av huvudförordningen. Naturligtvis kan särreglering inom olika sektorer vara nödvändig men kravet på samstämmighet som medlemsstaterna uppställer i Artikel 7 FUEF innebär att det finns en tydlig systematik som gör det möjligt att orientera sig i åtgärdernas likheter och skillnader. I det sammanhanget kan frågan ställas hur exempelvis systemet för krishantering i transportsektorn samspelar med åtgärder rörande hissar som föreslås i omnibusdirektivet? Med tanke på att det å ena sidan kan vara samma myndighet som har att tillämpa unionsregler på olika områden och att krishanteringen på ett område å andra sidan kan vara avhängig krishanteringen på ett annat område, torde det vara viktigt att så långt som möjligt använda exempelvis samma rapporteringssystem och rutiner. Då medlemsstaterna beslutar hur de institutionella ramarna ser ut på nationell nivå måste unionslagstiftaren säkerställa att regelverken går att tillämpa i olika strukturer. Visst skulle det krävas ett omfattande arbetet att samordna systemen ytterligare, men problemet med bristande överskådlighet bör ej underskattas av EU:s rättssekretariat. Förutom att resurser går till spillo genom kommunikationsmissar kan oklarheterna stå i strid med det minimumkrav på förutsebarhet som följer av rättsstatsprincipen.

Med tanke på att myndigheter redan idag vittnar om att unionens åtgärder upplevs som händelsedrivna, oöverskådliga och fragmenterade måste frågan ställas om det behövs fler disparata åtgärder för att snabbt täppa till hål i ett förvisso outvecklat krishanteringssystem. Visst finns det omvärldsfaktorer som talar för en snabb rustning men det skulle vara önskvärt att åtminstone förhållandet mellan det allmänna systemet för beredskap rörande varor som kommissionen bedömer vara kritiska enligt förordningen om ett krisinstrument och regeländringarna enligt omnibusinstrumentet tydliggörs. Hur förhåller sig t.ex. kommissionens möjlighet att genom ett rådsbeslut vidta åtgärder för kritiska varor enligt Artikel 14 i förordningen om ett krisinstrument och möjligheten för kommissionen att vidta åtgärder för varor som omfattas av omnibusinstrumenten? Om det nu skulle råda samstämmighet mellan dessa mekanismer, varför ska de då uttryckas på olika sätt utan korshänvisningar i två olika regelverk? Uppenbarligen är varorna som omfattas av omnibusinstrumenten kritiska men eftersom även andra varor kan anses vara kritiska inom ramen för förordningen om ett krisinstrument bidrar det knappast till ökad tydlighet att uppställa delvis olika krav.

Ett annat regleringstekniskt problem med förslaget till krisinstrument är att i mångt och mycket samma tillägg görs till flera rättsakter genom omnibusförordningen och omnibusdirektivet. I förslagen konstateras utan närmare reflektion att det är helt i linje med den Europeiska kommissionens Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT). Förvisso kan det vara så att personer som arbetar i en viss industri känner sig bekväma med att finna tillägg till bestämmelserna i det sektorspecifika regelverket i omnibusinstrumentet men eventuellt hade det varit ännu tydligare att ändra respektive

rättsakt. Vidare riktas sig bestämmelserna i omnibusinstrumenten i första hand till nationella myndigheter som har att genomföra åtgärderna och här blir regleringen snårig. Förslagsvis skulle tilläggen som är gemensamma för alla berörda rättsakter presenteras för sig och eventuella sektorspecifika särregleringar presenteras i en egen avdelning. I respektive rättsakt kunde sedan hänvisningar göras till de relevanta bestämmelserna. Att introducera en förordning och ett direktiv som om och om igen upprepar vad som behöver göras för att öka krisberedskapen för olika varor med någon liten skillnad här och där kan knappast anses bidra till ökad transparens och förutsebarhet. Kanske är det viktigare att så snabbt som möjligt få ett krisinstrument för den inre marknaden på plats än att presentera ett tydligt regelverk för de tänkta användarna. Om oklarheterna riskerar att göra systemet ogenomförbart är dock lite vunnet. Utan att ge ett svar på prioriteringsfrågan måste kravet på samstämmighet framhållas och oavsett graden av överstatlighet bör systematiken skrivas fram tydligare.

Remissvaret har på fakultetsnämndens uppdrag beslutats av dekanus, professor Jessika van der Sluijs. Yttrandet har beretts av docent Claes Granmar. Föredragande har varit Karolina Alveryd. Yttrandet har expedierats av Juridiska fakultetskansliet.



Jessika van der Sluijs



Karolina Alveryd