

**Anvendelsesområdet for TEUF art. 346, stk. 1,**  
**litra b**

*The Scope of Application of TFEU art. 346 paragraph 1 sub-section b*

Kandidatspeciale, efteråret 2018  
Christian Nyvang Lund, studienummer  
20136186  
Vejleder: Søren Sandfeld Jakobsen

# Indholdsfortegnelse

<b>INDHOLDSFORTEGNELSE</b>	<b>2</b>
<b>1. INDLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1. INDLEDNING	4
1.2. PROBLEMFOMULERING	5
1.3. AFGRÆNSNING	6
1.4. METODE	6
<b>2. INDLEDENDE OM EU-PRINCIPPERNE OG UDBUDSDIREKTIVERNE</b>	<b>8</b>
2.1. DEFINITIONER	8
2.2. EU-PRINCIPPER	8
2.2.1. FORBUDET MOD FORSKELSBEHANDLING	8
2.2.2. LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	9
2.2.3. GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET	10
2.2.4. PROPORTIONALITETSPRINCIPPET	10
2.3. FORMÅLET MED UDBUDSREGIMET	11
<b>3. BAGGRUNDEN FOR ART. 346, STK. 1, LITRA B.</b>	<b>12</b>
<b>4. FORTOLKNINGEN AF ART. 346, STK. 1, LITRA B</b>	<b>13</b>
<b>5. ANVENDELSESOMRÅDET FOR ART. 346, STK. 1, LITRA B</b>	<b>14</b>
5.1. KAPITLETS STRUKTURERING	14
5.2. BETINGELSER FOR ANVENDELSE AF BESTEMMELSEN	15
5.2.1. VÅBEN, AMMUNITION OG KRIGSMATERIEL	15
5.2.2. VÆSENTLIGE SIKKERHEDSINTERESSER	17
5.2.3. NØDVENDIGHEDSKRAVET	18
5.2.4. FORRINGELSE AF KONKURRENCEVILKÅR	22
5.3. BLANDEDE ANSKAFFELSER ( <i>DUAL USE</i> )	23
5.4. PLIGT TIL AT RESPEKTERE EU-RETTLIGE PRINCIPPER	27
5.5. RETSVIRKNINGEN AF EN ULOVLIG ANVENDELSE AF ART. 346, STK. 1, LITRA B	28
5.6. SAMMENFATNING OM ANVENDELSESOMRÅDET FOR ART. 346, STK. 1, LITRA B VED ANSKAFFELSER	29
<b>6. MODKØBSFORPLIGTELSER</b>	<b>30</b>
6.1. MODKØBSFORPLIGTELSE ANVENDELSE OG UDBREDELSE	31
6.2. INDUSTRIAMARBEJDET	33
6.2.1. OMFANGET AF INDUSTRIAMARBEJDET	35
6.2.2. KOMMISSIONENS ÅBNINGSSKRIVELSE MOD DANMARK	35
6.3. VURDERING AF INDUSTRIAMARBEJDETS OVERENSSTEMMELSE MED EU-RETEN	36
<b>7. FORSVARSDIREKTIVETS BETYDNING FOR ANVENDELSESOMRÅDET AF ART. 346, STK. 1, LITRA B</b>	<b>37</b>
7.1. FORSVARSDIREKTIVET	38
7.2. KOMMISSIONENS EVALUERINGSRAPPORT AF FORSVARSDIREKTIVET	39
7.3. VURDERING	40
<b>8. PERSPEKTIVERING</b>	<b>41</b>
<b>9. KONKLUSION</b>	<b>43</b>

**10. ABSTRACT** **46**

---

**11. LITTERATURLISTE** **48**

---

11.1.	LOVGIVNING	48
11.2.	FORARBEJDER	48
11.3.	RETSPRAKSIS	49
11.4.	BØGER	50
11.5.	ARTIKLER	51
11.6.	VEJLEDNINGER OG RAPPORTER	51
11.7.	LINKS	52

# 1. Indledning

## 1.1. Indledning

Kimen til Den Europæiske Union blev lagt tilbage i 1951 med Kul- og Stålfællesskabstraktaten. Ræsonnementet for grundlæggelsen var, at så længe de europæiske stater var handelsmæssigt stærkt forbundet, ville det hindre udbruddet af en ny krig. Samtidig muliggjordes det, at medlemmerne gennem en overnational organisation blev sikret kontrol med hinandens stålproduktion, hvilket også skulle udelukke en krig imellem staterne, idet stål er det vigtigste materiale i produktionen af forsvarsmateriel.<sup>1</sup>

Op igennem slutningen af 1900-tallet tog udviklingen for alvor fart, antallet af medlemsstater voksede og Kul- og Ståluunionen blev først afløst af EØF og sidenhen af EU.

Mens grundtanken i EU lige fra begyndelsen har været at styrke integrationen og harmoniseringen af det indre marked, stærkest eksemplificeret ved de fem frie bevægelsesrettigheder, har forsvars- og sikkerhedspolitikken hovedsageligt været medlemsstaternes eget anliggende. Først med vedtagelsen af Maastricht-traktaten i 1993, blev en fælles EU udenrigs- og sikkerhedspolitik en del af traktatgrundlaget.<sup>2</sup>

Det primære sikkerheds- og forsvarspolitiske mellemstatslige forum har været NATO. Alliancen har været den reelle sikkerhedsgarant op igennem den kolde krig, og er i dag stadig det centrale omdrejningspunkt for sikkerheds- og forsvarspolitik.

Det har altid været medlemsstaternes eget ansvar at varetage deres nationale sikkerhed, og der har derfor siden EØF-traktaten været traktatmæssig hjemmel til at fravige EU-retten, når det navnlig har haft baggrund i medlemsstaternes ønske om at varetage denne sikkerhed.<sup>3</sup> Hjemlen findes i dag i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmådes (TEUF) art. 346, stk. 1, litra b og muliggør, at medlemsstaterne kan fravige EU-retten, når det sker med henblik på at varetage væsentlige sikkerhedsinteresser og vedrører indkøb eller produktion af militært materiel.

Bestemmelsen har særligt haft betydning ved medlemsstaternes anskaffelse af forsvarsmateriel. En fravigelse fra EU-retten ved køb af forsvarsmateriel muliggør bl.a., at medlemsstaterne ikke er bundet af udbudsdirektiverne, men har kunne anskaffe forsvarsmateriel ved enten at tildele kontrakter direkte, eller foretage indkøb, hvor grundlæggende EU-principper som ligebehandling og proportionalitet i større eller mindre omfang fraviges.<sup>4</sup> Forsvarsindustrien er tilmed en protektionistisk branche, hvor industrien ikke kun udgør store arbejdspladser, men samtidig i sidste ende også er en vigtig brik i medlemsstaternes egen sikkerheds- og forsvarspolitik.<sup>5</sup> Art. 346, stk. 1, litra b har derfor også kunnet bidrage til at opretholde en manglende

---

<sup>1</sup> Engsig Sørensen mfl. 2014 s. 27-28

<sup>2</sup> Traktat om Den Europæiske Union 92/C 191/01 afsnit V

<sup>3</sup> Hjemlen var i art. 223 i Rom-traktaten fra 1957, og sidenhen blev den placeret i art. 296. I dag er den at finde i art. 346 i TEUF. I specialet omtales hjemlen alene som art. 346

<sup>4</sup> Udbudsdirektiverne omfatter direktiv 2014/23, 2014/24, 2014/25 og 2009/81.

<sup>5</sup> Heuninckx 2018 s. 5

harmonisering, som der ellers er sket med den gradvise tiltagende betydning af udbudsregimet.<sup>6</sup>

At art. 346, stk. 1, litra b anvendes flittigt, ses ved at der i perioden 2011 – 2015 blandt EU's medlemslande samlet blev indkøbt forsvarsmateriel for 81-82 mia. euro om året. Det vurderes imidlertid, at kun knap 10 % blev udsat for konkurrence gennem anvendelse af udbudsdirektiverne.<sup>7</sup> Herudaf kan det ikke sluttes, at de resterende 90 % omfatter art. 346, stk. 1, litra b, men det kan dog antages, at en ikke uvæsentlig del af de resterende indkøb blev foretaget med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b.

Imidlertid sker der en udvikling på forsvars- sikkerhedsområdet inden for EU-samarbejdet, hvor grundlæggelsen af PESCO (*Permanent Structured Cooperation*) er en realitet. Samtidig udvikles udbudsregimet også stadigt, og med udbudsdirektiv 2009/81 er der et direktiv målrettet forsvarsanskaffelser.

På baggrund af den seneste udvikling inden for forsvarssamarbejdet i EU-regi, er det derfor interessant at forsøge at klarlægge adgangen og begrænsningerne til at fravige EU-retten ved indkøb af forsvarsmateriel gennem art. 346, stk. 1, litra b. Særligt er fravigelsen af udbudsdirektiverne og de EU-retlige principper som proportionalitet, ligebehandling, ikke-diskrimination mv. af særlig interesse, idet en fravigelse herfra strider mod selve kernen af EU-retten.

Derudover sendte Kommissionen som led i dens funktion som traktatens vogter i begyndelsen af 2018 en åbningsskrivelse til fem medlemsstater, herunder Danmark, for brud på EU-retten for at bruge modkøbsforpligtelser. Modkøbsforpligtelser er kontraktklausuler, som forpligter en leverandør til at foretage indkøb eller investeringer i virksomheder hjemmehørende i ordregiverens land.

Modkøbsforpligtelser strider grundlæggende mod EU-retten, men under visse omstændigheder kan de anvendes med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b.

Modkøbsforpligtelser pålægges typisk i forbindelse med anskaffelse af forsvarsmateriel, hvorfor det også er interessant at forsøge at klarlægge adgangen til at anvende modkøbsforpligtelser og særligt de danske modkøbsforpligtelsers overensstemmelse med art. 346, stk. 1, litra b.

## **1.2. Problemformulering**

Afhandlingens formål er at foretage en analyse af anvendelsesområdet for TEUF art. 346, stk. 1, litra b. Specialet har et udbudsretligt perspektiv, idet der fokuseres på adgange og begrænsninger til at fravige EU-retten ved forsvarsanskaffelser, herunder særligt udbudsdirektiverne og de grundlæggende EU-principper. Derudover foretages der med henblik på at kunne klarlægge de danske modkøbsforpligtelsers overensstemmelse med EU-retten en analyse af adgangen til at pålægge modkøbsforpligtelser med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b. Til at belyse dette anvendes følgende problemformulering:

---

<sup>6</sup> Udbudsregimet anvendes som samlebetegnelse for udbudsdirektiverne og kontrollovene, og de pligter der gælder for offentlige myndigheders indkøb af varer- og tjenesteydelser.

<sup>7</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 4

Hvad er anvendelsesområdet for TEUFs art. 346, stk. 1, litra b set i et udbudsretligt perspektiv og er Danmarks modkøbsforpligtelser i strid med EU-retten?

### **1.3. Afgrænsning**

Art. 346 i TEUF er efter dens ordlyd en generel undtagelsesbestemmelse, der ikke alene finder anvendelse på udbudsretlige situationer. Denne afhandling beskriver imidlertid alene anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b fra et udbudsretligt perspektiv og i anvendelsen af modkøbsforpligtelser.

Ved ordene udbudsretligt perspektiv forstås, at afhandlingen forsøger at klarlægge retstilstanden for anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b ved ordregivers indkøb af en vare eller en tjenesteydelse, der som udgangspunkt ville være udbudspligtig efter udbudsregimet. Ved modkøbsforpligtelser forstås forpligtelser, som pålægges en leverandør med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b.

Det er alene art. 346, stk. 1, litra b som analyseres dybdegående, og dermed ikke art. 346, stk. 1, litra a, hvorfor art. 346, stk. 1, litra a kun vil blive beskrevet og inddraget i begrænset omfang, idet art. 346, stk. 1 litra b giver de største muligheder for at fravige EU-retten, og dens anvendelsesområde dermed også er mest interessant at belyse.

Da bestemmelsen er en traktatbestemmelse, men afhandlingen har et udbudsretligt perspektiv, vil udbudsdirektiverne og kontroldirektiverne også blive inddraget. Direktiverne vil blive brugt som fortolkningsbidrag, mens forsvarsdirektivet også vil blive beskrevet for at kunne vurdere direktivets påvirkning af anvendelsesområdet for TEUF art. 346, stk. 1, litra b. Der foretages dog ikke en selvstændig analyse og behandling af forsvarsdirektivet. Specialet har et EU-retligt perspektiv, hvorfor udbudsloven ikke vil blive inddraget i specialet, idet udbudsloven blot er en implementeringslov for implementeringen af udbudsdirektiv 2014/24 i dansk ret.

EU-udbudsretten hviler på grundlæggende EU-principper og bestemmelserne om de frie bevægeligheder, hvorfor disse også inddrages i afhandlingen, for at kunne analysere anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b.

### **1.4. Metode**

Til besvarelse af problemformuleringen bruges den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode beskriver den gældende retstilstand ved at analysere og beskrive retlige relevante kilder.<sup>8</sup> Specialet tager dermed ikke udgangspunkt i den juridiske metode, hvortil der ofte er knyttet et mål om, at der skal findes et svar eller en løsning på et bestemt juridisk problem.

Derimod er formålet med den retsdogmatiske metode, som er udgangspunktet for dette speciale, at forsøge at systematisere, beskrive og klarlægge anvendelsesområdet for anvendelsen af art. 346, stk. 1., litra b. Samtidig er der ved brugen af den retsdogmatiske metode også mulighed for at perspektivere den fundne gældende

---

<sup>8</sup> Munk-Hansen 2014 s. 189

retstilstand eller udtrykke retlig tvivl om det fundne. Med specialets problemformulering *in mente*, giver den retsdogmatiske metode de bedste muligheder for at kunne besvare problemformuleringen fyldestgørende.

Til at beskrive retstilstanden inddrages der i specialet forskellige retskilder. Den primære retskilde består i TEUF, hvori art. 346, stk. 1, litra b findes. Efter dansk retskildelære tillægges lovmotiverne og dermed forarbejderne ofte en ikke ubetydelig værdi ved fortolkningen af love, mens dette ikke på samme måde er tilfældet ved fortolkningen af EU-retten.<sup>9</sup> Dette gælder særligt art. 346, idet den har været fast inventar siden grundlæggelsen af EU og forarbejdernes retskildeværdi på denne baggrund ikke er af stor betydning, da EU-samarbejdet har ændret karakter siden da. Forarbejder til art. 346, stk. 1, litra b. inddrages derfor ikke.

Til at belyse anvendelsesområdet inddrages også udbudsdirektiverne, herunder særligt forsvarsdirektivet og udbudsdirektivet.<sup>10</sup> Udbudsdirektiverne udgør i retskildemæssig forstand love, idet direktiverne er bindende for medlemsstaterne, og de er forpligtet til at implementere direktiverne i national ret, jf. TEUF art. 288. Udbudsdirektiverne udgør dermed en ikke uvæsentlig retskilde til særligt at fortolke og beskrive gældende EU-principper. Selvom udbudsdirektivet er implementeret i dansk ret ved omskrivning, inddrages udbudsloven ikke, da specialet har et EU-retligt perspektiv.

EU-praksis udgør en vigtig retskilde til at analysere og beskrive retstilstanden, hvorfor det også inddrages i specialet. Udover afgørelser fra Retten og EU-Domstolen inddrages i et begrænset omfang også forslag til afgørelser fra generaladvokaterne. Disse inddrages imidlertid kun, når der i en dom henvises til et forslag, eller hvis EU-Domstolens dom afviger væsentligt fra generaladvokaternes forslag, da det kan vise et paradigmeskifte.

Derudover inddrages også national praksis, selvom det ud fra et EU-retskildemæssigt synspunkt ikke har samme retskildemæssige værdi som praksis fra EU-Domstolen. Men da den nationale praksis er tilvejebragt ud fra en EU-konform fortolkning, udgør den nationale praksis en ikke uvæsentlig retskilde.

Kommissionen er traktatens vogter og overvåger bl.a., om medlemsstaterne overholder EU-retten, jf. TEUF art. 258. Samtidig giver Kommissionen gennem udsendelse af fortolkningsmeddelelser, hvid/grønbøger vejledning til, hvordan de mener, at EU-retten skal fortolkes. Selvom det bedst kan betegnes som *soft law* og ikke er bindende for medlemsstaterne, inddrages det alligevel i specialet som grundlag for at fortolke og klarlægge anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b. Det må imidlertid holdes for øje, at Kommissionens meddelelser ikke har samme retskildeværdi som EU-praksis.

Juridisk litteratur udgør ikke en egentlig retskilde, men anses mere som et fortolkningsbidrag.<sup>11</sup> I specialet inddrages imidlertid juridisk litteratur navnlig med det formål at bidrage til at afklare og fastlægge anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b, idet retstilstanden stadig er uafklaret.

---

<sup>9</sup> Fenger U.2014B.293

<sup>10</sup> Udbudsdirektiv 2014/24 og forsvarsdirektiv 2009/81

<sup>11</sup> Munk-Hansen 2014 s. 346. Riis & Trzaskowski 2013 s. 40 for modstridende opfattelse

Udover den retsdogmatiske metode, anvendes også den retspolitiske metode. Formålet med den retspolitiske metode er navnlig at beskrive anvisninger til en ny eller forbedret retstilstand ud fra den beskrevne retstilstand.<sup>12</sup> Brugen af metoden tjener navnlig til at beskrive art. 346, stk. 1, litra b's fremtidige anvendelsesområde og komme med anvisninger til, hvordan det med andre tiltag er muligt at omfavne de funktioner, som bestemmelsen tilbyder, samtidig med at der tages hensyn til EU-retten.

## **2. Indledende om EU-principperne og udbudsdirektiverne**

I afsnit 2.1 defineres kort, hvad der i denne afhandling forstås ved EU-principper. I afsnit 2.2 redegøres der for de grundlæggende EU-principper, der som udgangspunkt er omnipotente i alt EU-ret, hvorfor de også er relevante at redegøre for i dette speciale, da undtagelsesbestemmelsen i art. 346, stk. 1, litra b skal ses i dette lys. De enkelte principper vil ikke selvstændigt danne grundlag for en nærmere analyse, men bliver alene beskrevet med det formål, at de kan indgå i analysen.

Under afsnit 2.3 beskrives udbudsregimets formål og dets grundlæggende principper. En beskrivelse af udbudsregimet er relevant, idet der er tale om en EU-retlig analyse i et udbudsretligt perspektiv. Det er derfor nødvendigt at få klarlagt de hensyn, som gør sig gældende indenfor udbudsretten.

### **2.1. Definitioner**

De EU-principper, som beskrives i dette afsnit, er de principper, som er de centrale søjler i udbudsregimet. Principperne er grundlæggende EU-retlige principper, som er fastsat i TEUF og udviklet af EU-Domstolen. Det er hovedsageligt forbuddet mod forskelsbehandling, ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet. At disse principper udgør fundamentet for udbudsregimet ses ved, at principperne nævnes både i præambelbetragtningen og direktivtesten i det gældende udbudsdirektiv.<sup>13</sup> Med termen *EU-principper* menes ikke en udtømmende liste over alle EU-principper, men alene de ovenfor beskrevne principper.

### **2.2. EU-principper**

EU-principperne er dels traktatfæstede, dels retspraksisskabte.<sup>14</sup> Nedenfor beskrives de for specialet væsentligste EU-principper. Der er ikke tale om en prioriteret oplistning.

#### **2.2.1. Forbuddet mod forskelsbehandling**

Et grundlæggende princip i EU-retten er forbuddet mod usaglig forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, som er kodificeret i TEUF art. 18. Bestemmelsen har sine

---

<sup>12</sup> Munk-Hansen s. 105

<sup>13</sup> Udbudsdirektiv 2014/24

<sup>14</sup> Fenger U.2014B.227



rødder helt tilbage til Paris-traktatens artikel 3, stk. 1., litra b, idet en ikke-forskelsbehandling på baggrund af nationalitet er en ufravigelig forudsætning for et velfungerende indre marked.<sup>15</sup>

Forbuddet mod forskelsbehandling omfatter både indirekte og direkte forskelsbehandling.<sup>16</sup> Princippet er endvidere fastsat i udbudsdirektiverne, jf. forsvarsdirektivets art. 4 og udbudsdirektivet art. 18. Omvendt diskrimination, hvor medlemsstaten forskelsbehandler egne virksomheder til gunst for udenlandske virksomheder, er ikke omfattet af forskelsbehandlingsforbuddet i art. 18.<sup>17</sup> Omvendt diskrimination kan dog efter omstændighederne være i strid med ligebehandlingsprincippet. Princippet kan dermed anskues som et specialtilfælde af EU-rettenes ligebehandlingsprincip, da det sikrer en lige behandling uden hensyntagen til nationalitet.

I Storebæltssagen (sag C-243/89) var forbuddet mod forskelsbehandling til prøvelse ved EU-domstolen, idet det i udbudsmaterialet ved udbuddet af entreprisen til Storebæltbroen var angivet, at dansk arbejdskraft var at foretrække. EU-domstolen fandt, at der var tale om forskelsbehandling og dermed en overtrædelse af art. 18.

### 2.2.2. Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet i EU-retten medfører, at lige tilfælde skal behandles ens og forskellige tilfælde skal behandles forskelligt, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet og proportional. Princippet har sit udspring i TEUF-traktaten og er videreudviklet af EU-domstolen.<sup>18</sup> Ligebehandlingsprincippet er direkte indskrevet i EU-charterets art. 20, ligesom ligebehandlingsprincippet også er indlejret i traktatens art. 18 som beskrevet ovenfor.

I EU-Domstolens dom C-810/79 *Überschär*, der vedrørte en tysk statsborgers pligt til at betale tyske pensionsbidrag for en periode, hvor han havde været bosiddende i Belgien, udtalte Domstolen i præmis 18 følgende: *"Ifølge fast praksis ved Domstolen er det generelle lighedsprincip, som forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet blot er en speciel udformning af, et grundlæggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet."*

Ligebehandlingsprincippet har været en bestanddel i udbudsretten lige siden udbudsrettens tilblivelse ved det første udbudsdirektiv 71/305 EØF.<sup>19</sup> Princippet gælder i hele udbudsprocessen, og det gælder også for de aktører, som potentielt kunne have deltaget, såfremt ligebehandlingsprincippet var blevet respekteret.<sup>20</sup> Det er ligeledes ligebehandlingsprincippet, der sætter grænsen for, hvor meget der kan ændres i udbudsmaterialet, efter det er blevet offentliggjort, idet en ændring af udbudsmaterialet, som ville føre til, at andre aktører ville have deltaget, såfremt dette havde været en del af materialet fra starten af, ville være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Derudover er det ligebehandlingsprincippet, der lægger til

<sup>15</sup> Paris-traktaten fra 1951 om oprettelsen af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab

<sup>16</sup> C-33/88 (Allué-sagen) præmis 11.

<sup>17</sup> Engsig Sørensen mfl. 2014 s. 279 ff.

<sup>18</sup> Engsig Sørensen mfl. 2014 s. 122

<sup>19</sup> Præambelbetragtningen er ikke nummereret, men er at finde på s. 1 i direktivet

<sup>20</sup> Risvig Hamer 2016 s. 58 og lovbemærkningerne til § 2 i udbudsloven fremsat ved lovforslag 2005/1 LSF 19

grund for bestemmelserne om inhabilitet, kontraktændringer og håndhævelse af udbudsreglerne, og ligebehandlingsprincippet kan i visse tilfælde tilpligte ordregiveren til at konkurrenceudligne en udbudssituation.<sup>21</sup>

### 2.2.3. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet, der er udviklet af EU-Domstolen, udspringer af ligebehandlingsprincippet. Princippet sikrer, at der er offentlighed og åbenhed om udbudsprocessen, så det kan kontrolleres, om ligebehandlingsprincippet, og de forpligtelser, som er forbundet med ligebehandlingsprincippet, overholdes. Det er derfor relevant i hele udbudsprocessens forløb fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen til tildelingen. Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet er derfor nært forbundne. Princippet pålægger dermed navnlig ordregiveren en forpligtelse til at sikre åbenhed om processen, men også at sørge for, at det dokumenteres, at princippet er blevet iagttaget. Denne forståelse af princippet bekræftes af EU-Domstolen i sagen C-92/00, der udtalte følgende:

”Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsigtighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt[...]”<sup>22</sup>

Princippet er kodificeret i udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, ligesom det også er at finde i forsvarsdirektivets art. 4.

### 2.2.4. Proportionalitetsprincippet

Princippet har sit udspring ved EU-Domstolen og blev første gang nævnt i Generaladvokat Dutheillets forslag til afgørelse i sagen C-11/70.<sup>23</sup> Proportionalitetsprincippet er gennemgribende i alt EU-ret og er nu også direkte indskrevet i TEU art. 5. I udbudsretlig henseende er princippet tillige også kodificeret i alle udbudsdirektiverne. Proportionalitetsprincippet er dermed et centralt princip for udbudsretten.

I generel EU-retlig henseende indebærer princippet, at en foranstaltning ikke må gå videre, end det er nødvendigt for at opnå det ønskede mål.<sup>24</sup> I EU-udbudsretten medfører princippet, at ordregiveren er forpligtet til at tilrettelægge udbudsproceduren på en proportional måde. Ordregiveren skal dermed sørge for, at de krav, som opstilles i udbudsmaterialet, er proportionale og passende til det som ønskes anskaffet<sup>25</sup>. Kravene skal ligeledes være egnede og nødvendige for at opnå det ønskede mål. Særligt i relation til udbudsretten er ordregiveren tillagt en vis

---

<sup>21</sup> Se herved T-345/03

<sup>22</sup> C-92/00 præmis 45

<sup>23</sup> Engsig Sørensen mfl. 2014 s. 123

<sup>24</sup> Engsig Sørensen mfl. 2014 s. 123

<sup>25</sup> Præambelbetragtning nr. 74 til udbudsdirektiv 2014/24

skønsmargen i vurderingen af, om de opstillede krav er proportionale med anskaffelsen.<sup>26</sup>

I art. 346, stk. 1, litra b er proportionalitetsprincippet også direkte nævnt i bestemmelsen, idet det fremgår, at de trufne foranstaltninger skal være *nødvendige*. Dette behandles yderligere i afsnit 5.2.3.

### 2.3. Formålet med udbudsregimet

I det første udbudsdirektiv, der alene omfattede bygge- og anlægskontrakter, er det angivet først i præambelen, at direktivet har til formål at styrke etableringsfriheden og den frie bevægelse af tjenesteydelser.<sup>27</sup> Dette overordnede formål - at harmonisere og åbne det indre marked - gentages i de efterfølgende direktiver<sup>28</sup>. I det nugældende udbudsdirektiv og forsvarsdirektiv går disse formål igen, om end de i forsvarsdirektivet ikke er udtrykt med samme skarphed som i udbudsdirektivet.<sup>29</sup>

Udbudsdirektiverne er tillige vedtaget med hjemmel i TEUF art. 53, stk. 1, 62 og 114, der alle omhandler harmoniseringen og styrkelsen af det indre marked. I sagen *Presstext* har EU-Domstolen også udtalt, at:

”hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater”.<sup>30</sup>

Om udbudsdirektiverne varetager formål udover de netop listede, er omdiskuteret. Særligt med tilgangen af det nyeste udbudsdirektiv er spørgsmålet, om direktiverne også varetager økonomiske hensyn, herunder med krav om en effektiv udnyttelse af offentlige midler.<sup>31</sup> Kommissionen anfører i sin grønne bog om offentlige indkøb i EU, at hensynet bag udbudsdirektivet også er at begrænse den offentlige sektors omkostninger samt minimere risikoen for korruption og svindel med offentlige midler.<sup>32</sup>

Det kan hertil anføres, at såfremt ovenstående formål om ufordrejet konkurrence og ligebehandling efterfølges og varetages fuldt ud, vil der være *mulighed* for at sikre en effektiv udnyttelse af offentlige midler fuldt ud, hvilket er et argument for, at den effektive udnyttelse af offentlige midler ikke er et formål i sig selv, men derimod en effekt af efterlevelsen af de grundlæggende EU-udbudsretlige formål.

De primære EU-retlige formål med udbudsdirektiverne er derfor skabelsen og understøttelsen af et velfungerende indre marked, hvor den fri bevægelighed sikres gennem åben og fair konkurrence.

---

<sup>26</sup> C-413/17 præmis 40-42

<sup>27</sup> Udbudsdirektiv 71/305/EØF

<sup>28</sup> Se bl.a. udbudsdirektiverne 92/50/EØF og 2004/18/EU

<sup>29</sup> Udbudsdirektiv 2014/24 præambel nr. 1 og forsvarsdirektivet 2009/81 præambel nr. 15

<sup>30</sup> C-454/06 *Presstext* præmis 31

<sup>31</sup> Risvig Hamer 2016 s. 34

<sup>32</sup> Kommissionens Grønne bog fra 1996 Offentlige indkøb i EU s. 2

### 3. Baggrunden for art. 346, stk. 1, litra b.

Bestemmelsen har været en del af det EU-retlige traktatgrundlag lige siden Rom-traktaten fra 1958, der var grundlagsdokumentet for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF).<sup>33</sup> Den er flere gange forsøgt afskaffet ved forslag fra Kommissionen, men Kommissionen har indtil videre ikke haft held hermed.<sup>34</sup> Kommissionen har imidlertid forsøgt at sikre en ensartet anvendelse af bestemmelsen ved at udsende fortolkende meddelelser om anvendelsesområdet for bestemmelsen.<sup>35</sup> Derudover er forsvarsdirektivet også udviklet på baggrund af den erkendelse, at det tidligere udbudsdirektiv ikke indrømmede de ordregivende myndigheder de behov, som er nødvendige for at kunne anskaffe forsvarsmateriel. Denne manglende mulighed i det tidligere udbudsdirektiv førte dermed til en naturlig større anvendelse af art. 346.<sup>36</sup>

Formålet med art. 346, stk. 1, litra b er at sikre, at medlemsstaterne har mulighed for at varetage deres væsentlige sikkerhedsinteresser uden at skulle blive begrænset af EU-retten.<sup>37</sup> Dette er navnlig begrundet i, at det er medlemsstaterne selv, som har ansvaret for deres nationale sikkerhed, jf. EF-traktaten art. 4, stk. 2, 2. pkt. Bestemmelsen er dermed et tveægget sværd, der på den ene side sikrer, at medlemsstaterne ikke undermineres i deres adgang til at vare deres centrale statsretlige opgaver, som i sidste ende beror på et forsvar og opretholdelse af territoriet. På den anden side medfører bestemmelsen, at det overstatslige samarbejde, som EU-samarbejdet inden for udbudsområdet er, og de principper, som deraf medfølger ved anvendelsen af bestemmelsen, sættes delvist ud af kraft.

Denne afbalancering af disse to hensyn er forsøgt varetaget i art. 346, stk. 1, litra b.<sup>38</sup> Det følger derfor også af sagens natur, at betingelserne for at kunne anvende bestemmelsen er strenge, fordi bestemmelsen medfører en fravigelse fra de helt essentielle bestemmelser, som er fundamentale for EU-samarbejdet og det indre marked.

Lovgivningsteknisk er bestemmelsen placeret som en af de sidste i TEUF. Domstolen har i sagen *Fiocchi munizioni SpA mod Kommissionen* hertil udtalt, at den er almengyldig og dermed kan tilsidesætte alle almindelige bestemmelser i traktaten, såfremt betingelserne for at kunne anvende bestemmelsen er opfyldt.<sup>39</sup>

Bestemmelsen blev navnlig før indførelsen af forsvarsdirektivet anvendt ofte ved medlemsstaternes indkøb af forsvarsmateriel.<sup>40</sup> Medlemsstaterne bruger bl.a. bestemmelsen til at kunne købe direkte fra producenter uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, eller at foretage et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, som udbudsdirektiverne ellers

---

<sup>33</sup> Rom-traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab art. 223

<sup>34</sup> Streinz 2018 s. 1989

<sup>35</sup> Se bl.a. Kommissionsmeddelse 2006 om fortolkningen af art. 296

<sup>36</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 2

<sup>37</sup> Kommissionsmeddelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 2

<sup>38</sup> Kommissionsmeddelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 2

<sup>39</sup> T-26/01 præmis 57

<sup>40</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 2

foreskriver som det helt klare udgangspunkt, jf. forsvarsdirektivets art. 28. Dette sker som beskrevet i afsnit 1.1 i et ikke uvæsentligt omfang.

Derudover kan medlemsstaterne også med baggrund i bestemmelsen forpligte leverandører med såkaldte modkøbsforpligtelser, der typisk påbyder leverandøren at købe modydelser fra virksomheder hjemmehørende i ordregiverens stat.<sup>41</sup>

## 4. Fortolkningen af art. 346, stk. 1, litra b

Art. 346, stk. 1, litra b er en undtagelsesbestemmelse, da den efter sin ordlyd muliggør, at en medlemsstat kan fravige EU-retten. Som led i besvarelsen af problemformuleringen, er det derfor indledningsvist relevant at undersøge, hvordan en undtagelsesbestemmelse i EU-retten skal fortolkes.

Generelt gælder det, at undtagelser skal fortolkes indskrænkende. Art. 346 udgør ikke den eneste undtagelsesbestemmelse i TEUF. Blandt andet indeholder art. 36 en undtagelse til forbuddet om kvantitative ind- og udførselsrestriktioner, såfremt det kan begrundes i hensynet til den offentlige sikkerhed. Tilsvarende undtagelse findes i art. 45 og 52 om arbejdskraftens frie bevægelighed, og i art. 65 om kapitalens frie bevægelighed. EU-Domstolen har flere gange udtalt sig om fortolkningen af disse undtagelser.

Dette var tilfældet i sagen *Johnston*, der omhandlede en nordirsk kvindelig borger, som var ansat ved reservepolitikorpset i Nordirland. I forbindelse med urolighederne i Nordirland i starten af firserne blev det besluttet, at de kvindelige reservepolitibetjente ikke som hidtil ville få forlænget deres 3-årige kontrakter. Dette var begrundet i, at politidirektøren mente, at såfremt kvindelige betjente ville bære våben, vil det gøre dem til et attentatmål, ligesom det vil svække deres arbejde indenfor mere socialt prægede opgaver. Politidirektørens beslutning havde hjemmel i national lov. *Johnston* klagede over beslutningen til den nationale ret, idet hun mente, at beslutningen var i strid med EU's daværende ligebehandlingsdirektiv. Den nationale klageret forelagde en række spørgsmål for EU-domstolen, hvoraf det mest centrale var, om hensynet til den offentlige orden gjorde, at direktivet ikke fandt anvendelse på beslutningen.<sup>42</sup>

EU-Domstolen besvarede dette spørgsmål i præmis 26:

”[...] undtagelsesbestemmelser med henblik på situationer, hvorunder den offentlige orden er truet, alene findes i traktatens artikler 36, 48, 56, 223 og 224, der angår usædvanlige, klart afgrænsede tilfælde. De nævnte bestemmelser kan på grund af deres snævert afgrænsede indhold ikke fortolkes udvidende, og de giver heller ikke hjemmel for at antage, at der efter traktaten gælder et almindeligt forbehold for samtlige foranstaltninger, der træffes af hensyn til den offentlige orden.[...]”<sup>43</sup>

Af *Johnston*-dommen følger det altså, at undtagelsesbestemmelserne og dermed også art. 346, stk. 1, litra b er genstand for en indskrænkende fortolkning. I dommen

<sup>41</sup> Grønbug - Offentlige indkøb af forsvarsmateriel KOM/2004/0608 pkt. 3.2

<sup>42</sup> C-222/84

<sup>43</sup> C-222/84 præmis 26

*Kommissionen mod Spanien* blev det for fortolkningen af art. 346 yderligere præciseret, hvilke fortolkningsregler der gælder for anvendelsen af denne.<sup>44</sup>

I sagen var spørgsmålet, om det kunne begrundes i art. 346, stk. 1, litra b at fritage militært materiel for afgifter, herunder navnlig told.

I præmis 21 henviser Domstolen til *Johnston*-dommen og bekræfter, at undtagelsesbestemmelserne i EF-traktaten (nu TEUF-traktaten) på grund af deres snævert afgrænsede indhold ikke kan fortolkes udvidende.

Derudover anfører Domstolen i præmis 22, at det påhviler den medlemsstat, som påberåber sig anvendelsen af en undtagelsesbestemmelse at godtgøre, at handlingen ikke overskrider grænserne for anvendelsesområdet af undtagelsesbestemmelserne.<sup>45</sup>

EU-Domstolen fastholder og gentager denne praksis i sagen C-337/05, der omhandlede hvorvidt den Italienske stat var berettiget til at fravige det dagældende udbudsdirektiv ved indkøb helikoptere på baggrund af art. 346, stk. 1, litra b. EU-Domstolen henviser i præmis 43-44 til *Johnston*-dommen og *Kommissionen mod Spanien* og gentager, at art. 346, stk. 1, litra b ikke er genstand for udvidende fortolkning, og at det påhviler medlemsstaten at godtgøre, at anvendelsesområdet ikke er overskredet.<sup>46</sup>

De ovenfor beskrevne synspunkter er endvidere blevet bekræftet i sagerne *Kommissionen mod Spanien* C-328/92 (præmis 15 og 16), *Kommissionen mod Italien* C-157/06 (præmis 23), *Kommissionen mod Danmark* C-461/05 (præmis 52-53), *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy* C-615/10 (præmis 35).

På baggrund af den ovenfor omtalte retspraksis kan det konkluderes, at art. 346, stk. 1, litra b er gestand for en indskrænkende fortolkning, og at dens anvendelsesområde dermed ikke kan udstrækkes til at gælde for andre tilfælde, end de tilfælde som efter bestemmelsens ordlyd indrømmes. Derudover påhviler det medlemsstaten at godtgøre, at betingelserne for at anvende art. 346, stk. 1, litra b er opfyldte.

## **5. Anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b**

### **5.1. Kapitlets strukturering**

I dette kapitel analyseres grænserne for anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b. I afsnit 5.2 beskrives anvendelsesområdet med baggrund i bestemmelsens ordlyd. I afsnit 5.3 inddrages national og EU-retlig praksis og Kommissionens retningslinjer for at klarlægge, om der i praksis opstilles yderligere betingelser for at kunne anvende bestemmelsen. I afsnit 5.4 sammenfattes anvendelsesområdet for bestemmelsen og det forsøges afgrænset og klarlagt, under hvilke omstændigheder art. 346, stk. 1, litra b kan finde anvendelse.

---

<sup>44</sup> C-414/97

<sup>45</sup> C-414/97 præmis 22

<sup>46</sup> C-337/05 præmis 43-44

## 5.2. Betingelser for anvendelse af bestemmelsen

Artikel 346, stk. 1, litra b og art. 346, stk. 2 har følgende ordlyd:

”b)

*hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.*

*2. Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse.”*

Ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelsen, kan det udledes, at bestemmelsen opstiller fire kumulative betingelser, førend den kan anvendes:

- i) Foranstaltningen skal vedrøre våben, ammunition og krigsmateriel,
- ii) som skal være begrundet i væsentlige sikkerhedsinteresser,
- iii) og være nødvendig for at kunne varetage disse interesser.
- iv) Foranstaltningen må ikke forringe konkurrencevilkårene på det civile marked.

### 5.2.1. Våben, ammunition og krigsmateriel

Den ene betingelse er, at anskaffelsen skal vedrøre våben, ammunition og krigsmateriel. Hvad der skal forstås ved våben, ammunition og krigsmateriel fremgår indirekte af art. 346, stk. 2, der henviser til Rådets liste fra d. 15. april 1958.

Listen fra 1958 var imidlertid i lang tid ikke tilgængelig for offentligheden, hvorfor det medvirkede til at gøre anvendelsen af bestemmelsen ugennemsigtig. Sidenhen er listen blevet offentliggjort og oversat til alle EU's sprog.<sup>47</sup> Siden 1958 er listen ikke blevet ændret, hvilket kunne foranledige til at tro, at listen ikke vil være anvendelig og tilpasset de teknologiske fremskridt, som er sket siden 1958. Listen er dog af generisk karakter og omfatter bl.a. ”kampvogne”, ”elektronisk udstyr til militært brug”, ”krigsskibe” mv., hvilket formentlig kan forklare, hvorfor listen ikke er blevet opdateret siden 1958. Nyere opfindelser som fx droner er imidlertid ikke at finde på listen.

Det har været omdiskuteret, om listen er udtømmende, således at varer, der ikke er omfattet af listen, ikke vil kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b. Domstolen har i dommen T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA mod Kommissionen*, der vedrørte statsstøtte til en virksomhed, der fremstillede militært udstyr, forholdt sig til dette spørgsmål. I dommen fremgår det af præmis 61:

---

<sup>47</sup> Field of Application Defence Directive 2009/81 s. 4

”Det fremgår for det første af artikel 296, stk. 1, litra b), EF, sammenholdt med artikel 296, stk. 2, EF, at den ordning, der er redegjort for i præmis 59 ovenfor, ikke har til formål at skulle anvendes på virksomhed vedrørende andre produkter end de militære produkter, der er opført på Rådets liste af 15. april 1958.”(min understregning)

Kommissionen er ligeledes af den opfattelse, at listen er udtømmende og mener samtidig, at listen er generisk nok til at omfatte og kunne dække nutidens og fremtidens nyskabelser.<sup>48</sup> I litteraturen er den herskende mening også, at listen er udtømmende.<sup>49</sup> Disse antagelser er dermed også i overensstemmelse med det generelle udgangspunkt, at undtagelser skal fortolkes indskrænkende, jf. kapitel 4.

Henset til ovenstående, er det således kun i relation til de nævnte varer på listen fra 1958, som art. 346, stk. 1, litra b kan finde anvendelse på.

Ved anskaffelse af militært materiel er selve anskaffelsen af det militære materiel kun en del af den samlede anskaffelse, der foretages. Oftest udgør service- og vedligeholdelseskontrakter også en ikke uvæsentlig del af en anskaffelse, idet det skal sikres, at det indkøbte materiel løbende kan opdateres og serviceres. Denne service kan derudover kun varetages af ganske få virksomheder, da der af sikkerhedsmæssige grunde er knyttet restriktioner til, hvem der kan servicere og dermed få indsigt i opbygningen af et givent militært materiel.

Spørgsmålet er herefter, om bestemmelsen udelukker, at service- og vedligeholdelseskontrakter er udelukket fra at kunne blive anskaffet efter art. 346, stk. 1, litra b, idet tjenesteydelser *ikke* er omfattet af rådets liste fra 1958.

I denne situation må det være relevant at sondre, om tjenesteydelsen udgør størstedelen af det samlede indkøb, eller blot er en accessorisk ydelse, hvor selve anskaffelsen af det militære materiel udgør størstedelen af det samlede indkøb. Såfremt materielindkøbet udgør størstedelen af det samlede indkøb, vil materielindkøbet og tjenesteydelsen i det hele kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b. Dette synspunkt støttes også af bestemmelserne i udbudsdirektiverne om blandede kontrakter, hvorefter det er kontraktens hovedformål, som afgør efter hvilke regler udbudsproceduren skal køre.<sup>50</sup>

Kommissionen er ligeledes af den opfattelse, at bestemmelsen kan omfatte tjenester og arbejder, som direkte vedrører varerne på listen. I sin fortolkning skelner Kommissionen imidlertid ikke til, hvorvidt tjenesteydelsen eller vareindkøbet udgør den største del af indkøbet.<sup>51</sup> Dette kan formentlig skyldes, at vareindkøbet *per se* udgør hovedformålet til kontrakten. Sondringen bør imidlertid opretholdes, idet bestemmelsens begrænsede anvendelsesområde ellers vil kunne omgås.

Varer, der er at finde på listen fra 1958, og tjenesteydelser, som er knyttet til anskaffelsen og ikke udgør hovedformålet med anskaffelsen, kan dermed anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b, såfremt de øvrige betingelser også er opfyldt.

---

<sup>48</sup> Kommissionsmeddelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 3

<sup>49</sup> Hirsbrunner mfl. 2015 s. 1992

<sup>50</sup> Udbudsdirektiv 2014/24 art. 3 og forsvarsdirektiv 2009/81 art. 3

<sup>51</sup> Kommissionsmeddelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 3



### 5.2.2. Væsentlige sikkerhedsinteresser

En anden betingelse, som art. 346, stk. 1, litra b efter sin ordlyd opstiller, er, at der skal være tale om medlemsstatens varetagelse af væsentlige sikkerhedsinteresser. Modsat for hvad der er tilfældet ved definitionen af våben, ammunition og krigsmateriel, giver art. 346 ikke nogen nærmere definition af, hvad der skal forstås ved væsentlige sikkerhedsinteresser.

Dette skyldes, at det er medlemsstaternes prærogativ at definere deres væsentlige sikkerhedsinteresser. Dette kan læses ud af bestemmelsen ved passussen ”*som den anser*”. Dette prærogativ følger af, at det er medlemsstaterne, som er ansvarlig for deres egen sikkerhed og dermed også selv skal vurdere, hvilke væsentlige sikkerhedsinteresser, der er vitale for i sidste ende at kunne opretholde deres territorialhøjhed.

Med termen væsentlige sikkerhedsinteresser, afgrænses anvendelsesområdet dog positivt, således at hverken erhvervsmæssige eller økonomiske interesser kan begrunde en anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b. Derudover er der ikke blot tale om sikkerhedsinteresser, men derimod om væsentlige sikkerhedsinteresser, hvilket ud fra en ordlydsfortolkning indikerer, at det ikke kan sammenlignes med termen den ”offentlige sikkerhed”, som i andre dele af TEUF bruges til at retfærdige gøre en afvigelse fra de frie bevægeligheder, jf. bl.a. art. 36.

Forsvarsdirektivets præambelbetragtning nr.16 bidrager også til at afgrænse, hvad der skal forstås ved væsentlige sikkerhedsinteresser:

”Dette kan være tilfældet for kontrakter på både forsvars- og sikkerhedsområdet, som nødvendiggør så ekstremt strenge forsyningsikkerhedskrav, eller er så fortrolige og/eller så vigtige for den nationale suverænitet, at selv de specifikke bestemmelser herom i dette direktiv ikke er tilstrækkelige til at beskytte medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser, hvis definition alene henhører under medlemsstaternes kompetence.”

Som det fremgår af præambelbetragtningen, har Kommissionen heller ingen beføjelse til at vurdere, om den måde hvorpå en medlemsstat vælger at varetage beskyttelsen af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, er i overensstemmelse med traktaten. Anderledes formuleret betyder det, at det ikke er afgørende for vurderingen af, om der er tale om væsentlige sikkerhedsinteresser, at en medlemsstat køber kampvogne eller kampfly til at varetage en af medlemsstaten fastsat væsentlig sikkerhedsinteresse.<sup>52</sup>

Aktuel bliver vurderingen af væsentlige sikkerhedsinteresse derimod først, når en medlemsstat vil have omsat sine definerede behov for at kunne varetage sine væsentlige sikkerhedsinteresser til anskaffelse af våben, ammunition eller krigsmateriel. Her er det afgørende, at medlemsstaten klart kan bevise, at den konkrete anskaffelse varetager en konkret sikkerhedsinteresse. Dette blev fastslået i dommen C-239/06 *Kommissionen mod Italien*, der omhandlede, hvorvidt Italien efter art. 346 var berettiget til at fritage importeret forsvarsmateriel fra told. Domstolen udtalte om væsentlige sikkerhedsinteresser i præmis 48 følgende:

---

<sup>52</sup> Kommissionsmeddelelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 5

”Hvad nærmere bestemt angår artikel 296 EF bemærkes, at selv om denne artikel nævner foranstaltninger, som en medlemsstat kan anse for nødvendige til beskyttelse af dens væsentlige sikkerhedsinteresser,[...], kan bestemmelsen ikke fortolkes således, at den tildeler medlemsstaterne kompetence til at fravige traktatens bestemmelser blot ved påberåbelse af disse interesser.” (min understregning)

Denne retsstilling er senere hen blevet bekræftet i dommen C-615/10 *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*.

Væsentlige sikkerhedsinteresser defineres derfor af de respektive medlemsstater, men bedømmelsen af, om en anskaffelse vedrører væsentlige sikkerhedsinteresser bedømmes ud fra fastsatte bedømmelseskriterier, som navnlig er knyttet til bevisbyrden, hvorved den blotte påberåbelse af væsentlige sikkerhedsinteresser ikke er nok. Betingelsen skal endvidere ses i sammenhæng med nødvendighedskravet, som gennemgås straks nedenfor.

### **5.2.3. Nødvendighedskravet**

Udover at der er i art. 346, stk. 1, litra b opstilles krav om, at der skal være tale om væsentlige sikkerhedsinteresser, som vedrører våben, ammunition eller krigsmateriel, så kan det også læses ud af bestemmelsen, at den opstiller en betingelse om nødvendighed. Med andre ord skal anskaffelsen eller en given foranstaltning være nødvendig for at kunne varetage de væsentlige sikkerhedsinteresser, som vedrører våben, ammunition eller krigsmateriel.

Hvad der er nødvendigt, kan ikke defineres på samme måde, som hvad der skal forstås ved våben, ammunition eller krigsmateriel, da nødvendighedskravet bygger på et skøn. Dette skyldes, at nødvendighedskravet er en proportionalitetsvurdering af anvendelsen af bestemmelsen.

Af bestemmelsen fremgår medlemsstatens skønsbeføjelse direkte af passussen ”*som den anser for nødvendige*”. Herudaf kan tolkes, at skønnet beror på subjektive kriterier, som kan være forskellig fra medlemsstat til medlemsstat. Spørgsmålet er herefter, hvor bredt dette skøn i relation til art. 346, stk. 1, litra b er. Derudover er det også relevant at belyse, efter hvilke kriterier skønnet bliver vurderet.

Til at styrke vurderingen heraf kan praksis fra de andre undtagelsesbestemmelser i TEUF inddrages, da de også indeholder et proportionalitetskrav, jf. TEUF art. 36, 45, 52 og 65. Samtidig bliver bestemmelserne i praksis fra Domstolen samlet angivet som bestemmelser, der er genstand for indskrænkende fortolkning, hvorfor bestemmelserne ved vurderingen af nødvendighedskravet kan understøtte fortolkningen af nødvendighedskravet i art. 346, stk. 1, litra b.

En af de første sager, hvor EU-Domstolen tog stilling til medlemsstatens skønsbeføjelse i proportionalitetsvurderingen, var i sagen C-83/94 *Leifer*. Sagen angik, hvorvidt en tysk statsborger med hjemmel i den offentlige sikkerhed kunne begrænses i at eksportere kemikalier til Irak. EU-Domstolen udtalte følgende om medlemsstaternes skøn i præmis 35:

”Det må imidlertid præciseres, at de kompetente nationale myndigheder efter omstændighederne råder over et vist skøn ved vedtagelsen af foranstaltninger, som anses for nødvendige for at sikre en medlemsstats offentlige sikkerhed i den oven- for anførte betydning.”

I sagen C-273/97 *Sirdar*, der omhandlede, hvorvidt det kunne begrundes i den offentlige sikkerhed at udelukke kvinder fra at aftjene i det britiske søværn, blev præmissen ordret gentaget.<sup>53</sup> EU-Domstolen kom nærmere ind på, hvordan skønnet skulle prøves i præmis 28:

”Det må derfor efterprøves, om de foranstaltninger, som de nationale myndigheder har truffet under udøvelsen af det skøn, der tilkommer dem, i den foreliggende sag reelt forfølger det mål at garantere den offentlige sikkerhed, og om de er rimelige og nødvendige for at nå dette mål.”

Denne praksis blev tillige fulgt i sagen C-285/98 *Tanja Kreil mod Tyskland*, der omhandlede, hvorvidt det af hensyn til offentlige sikkerhed kunne begrundes, at kvinder ikke kunne tjene i Forbundsværnet.<sup>54</sup>

I sagen C-54/99, der omhandlede, hvorvidt det kunne begrundes i hensynet til den offentlige orden og sikkerhed at hindre, at trosfællesskabet *Scientology* foretog investeringer i udlandet, fjøede EU-Domstolen i præmis 18 endnu et parameter til vurderingen af medlemsstaternes skønsbeføjelse:

”For det andet bemærkes, at restriktive foranstaltninger for frie kapitalbevægelser kun kan begrundes med hensynet til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed, hvis de er nødvendige for at beskytte de interesser, som de skal sikre, og kun såfremt disse mål ikke kan nås ved mindre indgribende foranstaltninger” (min understregning)

Hermed var det ikke alene nok, at foranstaltningen var rimelig og nødvendig, men EU-Domstolen stillede med dommen dermed også som krav, at foranstaltningen ikke skulle kunne varetages ved mindre indgribende foranstaltninger.

Om proportionalitetsvurderingen i forhold til offentlige orden og sikkerhed kunne være forskellig fra medlemsstat til medlemsstat, kom EU-Domstolen ind på i sagen C-36/02. Sagen, der var en præjudiciel forelæggelse, omhandlede, hvorvidt det kunne begrundes i hensynet til den offentlige orden og sikkerhed at forbyde det såkaldte lasertag-spil. EU-Domstolen udtalte i den forbindelse i præmis 31:

”Det forholder sig ikke desto mindre således, at de særlige omstændigheder, der kan berettige anvendelsen af begrebet offentlig orden, kan være forskellige fra land til land og fra periode til periode. Der må derfor i så henseende indrømmes de nationale kompetente myndigheder et skøn inden for de rammer, som er afstukket ved traktaten (jf. Van Duyn-dommen, præmis 18, og Bouchereau-dommen, præmis 34).” (min understregning)

---

<sup>53</sup> C-273/97 præmis 27

<sup>54</sup> C-285/98 præmis 25

Dette må desto mere gælde for anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b, da de væsentlige sikkerhedsinteresser og vurderingen heraf kan være forskellig fra den geografiske placering af en stat. Således er det tænkeligt, at medlemsstaterne med landegrænse til Rusland har en anden vurdering af deres væsentlige sikkerhedsinteresser og deres krav dertil, end det er tilfældet for medlemsstaterne placeret i midten af Vesteuropa, der ikke på samme måde potentielt er i fare for at blive invaderet eller ramt af embargo.<sup>55</sup>

Den første sag, hvor der blev taget stilling til omfanget af skønnet i art. 346, stk. 1, litra b, var i T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA mod Kommissionen*, der var et passivitetssøgsmål mod Kommissionen. Retten udtalte i præmis 58 om medlemsstaternes skøn, at

” [...]medlemsstaterne i medfør af artiklen (har) en særlig vid skønsbeføjelse ved vurderingen af de behov, der gør sig gældende ved en sådan beskyttelse.”

Præmissen giver ved første gennemlæsning anledning til at tro, at skønsbeføjelsen afviger betydeligt fra de skønsbeføjelser, der er fastsat i de andre undtagelser i traktaten. Denne tolkning var også blandt medlemsstaterne den herskende frem til, at praksis for skønsbeføjelsen og proportionalitetsvurderingen for art. 346, stk. 1, litra b blev større.<sup>56</sup> Ovenstående præmis bør dog ses i dommens kontekst, idet der er tale om et passivitetssøgsmål. Dommens kerne er således ikke vurderingen af, om art. 346, stk. 1, litra b er blevet krænket, men derimod om hvorvidt Kommissionen i en traktatbrudssag om krænkelse af art. 346, stk. 1, litra b havde forholdt sig passivt. Medlemsstaternes skøn og bevisbyrde og -vurderingen heraf bliver derfor ikke yderligere prøvet i dommen, idet sagen ikke drejer sig herom. Samtidig afviger beskrivelsen af dommen ikke væsentligt fra det skøn, som der blev fastsat i *Leifer-sagen*.

Tvivlen, som der med dommen T-26/01 *Fiocchi munizioni SpA mod Kommissionen* var blevet skabt om vurderingen af nødvendighedskravet i art. 346, stk. 1, litra b, blev ved dommen C-284/05 *Kommissionen mod Finland* og 6 andre ens sager mod andre medlemsstater delvist afklaret.<sup>57</sup> Dommene omhandlede alle, hvorvidt militært materiel kunne toldfritages med henvisning til art. 346. Her udtalte Domstolen i præmis 47, at den blotte påberåbelse af væsentlige sikkerhedsinteresser ikke kunne begrunde anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b. Derudover gentog Domstolen sin bevisbyrde-regel, som den havde fastsat i C-414/97 *Kommissionen mod Spanien*. Disse to opstillede regler, at bevisbyrden påhviler medlemsstaten, og at den blotte påberåbelse af væsentlige sikkerhedsinteresser ikke er tilstrækkelig, er sidenhen blev gentaget i de domme, som har vedrørt art. 346, stk. 1, litra b.<sup>58</sup>

Dommene kommer dog ikke direkte ind på medlemsstaternes skøn, og det skøn, som i *Fiocchi munizioni SpA* sagen blev fastlagt, kan derfor ikke med sikkerhed siges at være tilsidesat. Præmissen er dog ikke blev gentaget i de senere sager, og i sager

---

<sup>55</sup> Heuinckx 2018 s. 4

<sup>56</sup> Kommissionsmeddelelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 4

<sup>57</sup> Sagerne C-294/05, C-372/05, C-387/05, C-409/05, C-461/05 og C-38/06

<sup>58</sup> Se bl.a. C-615/10 og C-157/06

vedrørende art. 346, stk. 1, litra b, har Domstolen henvist til *Johnston-sagen og Kommissionen mod Spanien*.<sup>59</sup>

Den eksakte fastlæggelse af medlemsstaternes skøn og vurderingen heraf, kan dermed ikke fastlægges klart. Men selvom Domstolen ikke i sin praksis om art. 346, stk. 1, litra b på samme måde klart har defineret nødvendighedsbetingelsen, som det er tilfældet for de andre undtagelsesbestemmelser i traktaten, så kan det antages, at vurderingen i det væsentligste er det samme. Til støtte herfor taler, at Domstolen i sine indledende bemærkninger om den indskrænkende fortolkning af art. 346, stk. 1, litra b også henviser til de andre undtagelsesbestemmelser, og dermed signalerer, at de skal ses som en fælles gruppe af undtagelsesbestemmelser. Yderligere understøttes det også af den præambelbetragtning nr. 17 i forsvarsdirektivet, som har følgende ordlyd:

”I henhold til De Europæiske Fællesskabers Domstols praksis bør muligheden for at anvende sådanne undtagelser (art. 346) imidlertid fortolkes således, at virkningerne ikke overstiger, hvad der er strengt nødvendigt for at beskytte de legitime interesser, som de nævnte artikler gør det muligt at bevare. En undladelse af at anvende dette direktiv skal derfor både stå i et rimeligt forhold til de tilstræbte mål og samtidig være det middel, som mindst muligt hindrer varernes frie bevægelighed og den fri udveksling af tjenesteydelser.”

For det første bemærkes, at den tolkning af EU-praksis som i forsvarsdirektivet lægges til grund, ikke er udtrykt i så skarpe vendinger i den faktiske EU-praksis vedrørende art. 346, stk. 1, litra b.

Lovhierarkisk vil traktaten også altid gå forud for direktivet, men betragtningerne vil formentlig have en afsmittede virkning på EU-Domstolens fremtidige bedømmelse af art. 346, stk. 1, litra b, idet EU-Domstolen fortolker bestemmelser i en kontekstfortolkning, således at bestemmelser og principper i nyere retsakter kan have betydning for fortolkningen og forståelsen af ældre bestemmelser, jf. i denne retning C-310/08 Ibrahim, præmis 57, hvor Domstolen i fortolkningen af en passus i en forordning inddrager et nyere direktiv.<sup>60</sup>

Antagelsen er dog forbundet med retlig tvivl, idet EU-Domstolen endnu ikke efter forsvarsdirektivets indførelse har afsagt domme omhandlende art. 346, stk. 1, litra b.

Et yderligere lag til vurderingen af nødvendigheden og beviskravet blev knæsat i sag C-337/05 *Kommissionen mod Italien (Agusta)*, der omhandlede den italienske regerings anskaffelse af Helikoptere til blandet anvendelse, som de anskaffede uden at anvende det daværende udbudsdirektiv 93/36, men i stedet efter art. 346, stk. 1, litra b. Den italienske regering påberåbte sig det daværende udbudsdirektivs art. 2, stk. 1, litra, der hjemlede en undtagelse fra direktivet, hvis anskaffelsen vedrørte fortrolige informationer eller væsentlige sikkerhedsinteresser. Domstolen anførte i præmis 53, at:

”Den Italienske Republik har nemlig ikke godtgjort, at et sådant formål ikke kunne forfølges inden for rammerne af en udbudsprocedure i henhold til direktivet.”

---

<sup>59</sup> Dette ses bl.a. i C-615/10 og C-157/06

<sup>60</sup> Hagel-Sørensen 2016 s. 560

Hertil kan det anføres, at det ikke fremgår klart, om dette beviskrav specifikt var relateret til det daværende udbudsdirektiv, og dermed ikke omfattede art. 346. Dommen C-615/10, *Insinööriõimisto InsTiimi Oy (InsTiimi)*, bekræfter imidlertid at kravet er knyttet til art. 346, stk. 1, litra b. Sagen, der var en præjudiciel forelæggelse, omhandlede, hvorvidt nogle drejeskivesystemer kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b. Domstolen udtalte i præmis 45:

[..Den forelæggende ret skal efterprøve..] ”om behovet for at beskytte disse væsentlige interesser ikke kunne have været opfyldt inden for rammerne af en udbudsprocedure, som foreskrevet ved direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 53)”(min understregning)

Yderligere kan anføres, at betingelsen om, at medlemsstaten skal kunne bevise, at foranstaltningen ikke kunne være foretaget efter udbudsprocedurerne i udbudsregimet også flugter med præambelbetragtning nr. 17 til forsvarsdirektivet, ligesom det stemmer overens med proportionalitetsprincippets kriterie om ikke at gå videre end nødvendigt.

Sammenfattende om nødvendighedskravet kan siges, at bestemmelsen unægtelig indrømmer medlemsstaterne et skøn, idet det fremgår direkte af bestemmelsen. Derudover følger det også af, at væsentlige sikkerhedsinteresser *per se* er en national vurdering, der ikke kan foretages i EU-regi. De ensartede bevismæssige krav til anvendelsen heraf sikrer dog, at anvendelsen bliver bedømt efter objektive kriterier, og at fortolkningen dermed bliver ensartet. I EU-Domstolens praksis og forsvarsdirektivets ordlyd kan der spores en tendens til, at der opstilles flere og flere indskrænkninger i nødvendighedsvurderingen, der udmønter sig i flere bevisbyrder til ugunst for medlemsstaterne.

Hensynene bag bestemmelsen, der på den ene side er sikringen af medlemsstaternes suverænitet og på den anden side et harmoniseret EU, udmøntes dermed i nødvendighedskriteriet og væsentlige sikkerhedsinteresser. Nødvendighedskriteriet varetager hensynet til fællesskabsretten, mens væsentlige sikkerhedsinteresser varetager hensynet til medlemsstaterne.

#### **5.2.4. Foringelse af konkurrencevilkår**

Som en sidste betingelse nævnes det i art.346, stk. 1, litra b, at foranstaltningen ikke må forringe konkurrencevilkårene for varer på det civile marked inden for EU. I Kommissionens fortolkende meddelelse til art. 346 angives det, at der typisk vil ske en forringelse ved ikkemilitære kompensationskøb.<sup>61</sup> Heraf kan det også udledes, at såfremt anskaffelsen vedrører materiel, som kan henføres til Rådets liste fra 1958, jf. art. 346, stk. 2, så vil det som altovervejende hovedregel ikke forringe konkurrencevilkårene, idet disse produkter ikke afsættes på det civile marked.<sup>62</sup>

Betingelsen skal ses som et værn mod, at foranstaltninger påvirker det civile marked, hvor disse anskaffelser bliver reguleret efter udbudsdirektiverne. Heraf følger også, at

<sup>61</sup> Kommissionsmeddelelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 6

<sup>62</sup> Denne antagelse støttes også af kendelsen fra Klagenævnet for Udbud fra d. 20. December 2013 Augusta Westland mod Forsvarets Materieltjeneste s. 150

betingelsen styrker mulighederne for ikke at kunne omgå udbudsdirektiverne ved at foretage blandede anskaffelser, hvor en anskaffelse både har et civilt og militært formål. Betingelsen har derfor særlig relevans ved anskaffelser af varer med dobbelt anvendelse (*dual use*), jf. herved yderligere afsnit 5.3. Derudover har betingelsen særlig relevans ved statsstøttere reglerne, som art. 346, stk. 1, litra b også giver mulighed for at fravige. Her har Kommissionen gennem sin praksis fastslået, at art. 346, stk. 1, litra b ikke kan anvendes til at give statsstøtte til nødlidende nationale virksomheder, selvom de producerer militært materiel, hvis støtten samtidig tilfører virksomhedens civile del midler, da det dermed forringer konkurrencen.<sup>63</sup>

### 5.3. Blandede anskaffelser (*dual use*)

Om art. 346, stk. 1, litra b giver adgang til, at medlemsstaterne kan anskaffe blandede anskaffelser, som kan anvendes både civilt og militært, har været omdiskuteret, hvilket har ført til en række sager ved både EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud. De tre sager, som i det væsentligste har bidraget til at fastlægge retsstillingen inden for blandede anskaffelser, og som dermed også inddrages og analyseres i dette speciale, er sagerne *Agusta(C-337/05)*, *InsTiimi (C-615/10)* og kendelsen *AgustaWestland mod Forsvarets Materieltjeneste(FMI)* fra d. 20. december 2013 fra Klagenævnet for Udbud.

Begrebet blandede anskaffelser er ikke legaldefineret, men med ordet blandede anskaffelser menes der en anskaffelse, som både kan anvendes militært og civilt. Det kan eksempelvis være helikoptere, som skal bruges militært, men også skal bruges til civile opgaver som fx miljøovervågning eller fiskerinspektion, som det var tilfældet i den ovenfor nævnte sag for Klagenævnet for Udbud. Begrebet blandede anskaffelser er tilsvarende den engelske term *dual use*. Der tænkes dermed ikke på anskaffelser, der indeholder eksempelvis vareindkøb og tjenesteydelser, og hvor den overvejende del af anskaffelsen afgør, hvilken tærskelværdi, som gælder, jf. forsvarsdirektivets art. 3.

Som fastslået i afsnit 5.2.1. er Rådets liste fra 1952 udtømmende, ligesom det i afsnit 5.2.2 med baggrund i retspraksis beskrives, at den blotte påberåbelse af væsentlige sikkerhedsinteresser ikke alene er tilstrækkelig for at kunne anvende art. 346, stk. 1, litra b. I relation til at klarlægge anvendelsesområdet for blandede anskaffelser medfører dette, at blandede anskaffelser, som ikke er at finde på Rådets liste fra 1952 ikke kan omfattes af art. 346, stk. 1, litra b.

Anvendelsesområdet lader sig også indskrænke, idet en medlemsstat ikke blot kan påberåbe sig væsentlige sikkerhedsinteresser ved blandede anskaffelser. Medlemsstaten skal reelt påvise, at anskaffelsen varetager en konkret væsentlig sikkerhedsinteresse. Alene ud fra et logisk ræsonnement følger det heraf, at graden af væsentlige sikkerhedsinteresser aftager desto mere blandet anskaffelsen er, idet varer, der indgår på det civile marked ikke vil være egnet til at varetage væsentlige sikkerhedsinteresser.

Det er på baggrund af disse indledende afgrænsninger af anvendelsesområdet for blandede anskaffelser, at de følgende domme skal ses.

---

<sup>63</sup> Statsstøtteproblematikken behandles ikke nærmere, men se bl.a. beslutningerne 2003/45/EC, 2005/173/EC og 2005/652/EC

I *Agusta*-sagen var den italienske regering indbragt for EU-Domstolen for brud på de daværende udbudsdirektiver, idet de efter Kommissionens opfattelse tildelte kontrakter direkte til helikopterproducenten Agusta til brug for militære og civile korps uden at foretage en udbudsprocedure.

Den italienske regering gjorde gældende, at anskaffelserne var omfattet af art. 346, stk. 1, litra b. Den italienske regering anerkendte imidlertid, at helikopterne havde et sikkert civil formål og et eventuelt militært formål.<sup>64</sup>

Generaladvokaten udtaler i sit forslag til afgørelsen, at brugen af art. 346, stk. 1, litra b allerede udelukkes til varer med dobbelt anvendelse, fordi det påhviler medlemsstaten at bevise, at indkøbet er bestemt til militære formål, samt at det ikke må forringe konkurrencevilkårene på det civile marked. Disse betingelser anser generaladvokaten ikke for mulige at opfylde, når der er tale om varer med dobbelt anvendelsesformål.<sup>65</sup>

Domstolen går ikke lige så langt i deres afgørelse og forholder sig konkret til den i sagen omhandlede anskaffelse. I spørgsmålet om, hvorvidt anskaffelserne af helikoptere kan henføres under art. 346, stk. 1, litra b, anfører Domstolen i præmis 47, at:

”Det fremgår af affattelsen [art. 346, stk. 1, litra b] af denne bestemmelse, at de pågældende varer skal være bestemt specielt til militære formål. Heraf følger, at indkøb af udstyr, hvis anvendelse til militære formål er usikker, nødvendigvis skal overholde reglerne for indgåelse af offentlige aftaler. Indkøbet af helikoptere til militære korps med henblik på civil anvendelse skal overholde de samme regler.” ( min understregning)

Domstolen kommer følgelig herefter til, at fordi helikopterne overvejende har et civilt formål, kan de ikke anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b. Dommen fastlægger, at blandede anskaffelser skal være bestemt til militære formål, førend de kan anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b. Denne betingelse kan også delvist læses ud fra en modsætningsslutning af bestemmelsens sidste led om forringelse af konkurrencevilkår. Dommen klarlægger imidlertid, at hvor det civile formål er det hovedsaglige formål, kan art. 346, stk. 1, litra b ikke finde anvendelse.

*InsTiimi*-sagen bidrog yderligere til at klarlægge anvendelsesområdet for blandede anskaffelser efter art. 346, stk. 1, litra b. Sagen var en præjudiciel forelæggelse fra den højeste finske forvaltningsdomstol. Det finske forsvars prøveanstalt havde gennemført et udbud til indkøb af et drejeskivesystem, som dog ikke fulgte udbudsprocedurerne i det daværende udbudsdirektiv 2004/18. En virksomhed, *InsTiimi*, blev opfordret til at afgive bud på udbuddet, men det finske forsvars prøveanstalt valgte en anden tilbudsgiver. Herefter indklagede *InsTiimi* ordregiveren og anførte, at indkøbet skulle have været gennemført efter udbudsdirektivet, idet drejeskivesystemet bestod af komponenter, som var frit tilgængelige på det civile marked. Det finske forsvars prøveanstalt afviste dette og anførte, at drejeskivesystemet var tiltænkt militære formål og anskaffet med henblik på militær anvendelse, hvorfor det var omfattet i det daværende udbudsdirektivs undtagelse, som henviste til art. 346, stk. 1, litra b.

---

64 C-337/05 præmis 48

65 Forslag til afgørelse C-337/05 præmis 59 ff.



Indledningsvist gennemgår Domstolen de betingelser og den tidligere retspraksis, som vedrører art. 346, stk. 1, litra b. I præmis 40 anfører Domstolen:

”Desuden, selv om et produkt er omfattet af en af de på Rådets liste af 15. april 1958 opførte materielkategorier, kan produktet, såfremt der findes civile tekniske anvendelsesmuligheder for det, som i det væsentlige er tilsvarende, kun anses for bestemt specielt til militære formål som omhandlet i artikel 296 EF, hvis en sådan anvendelse ikke blot er den af den ordregivende myndighed påtænkte, men også, således som generaladvokaten har anført i punkt 48 i forslaget til afgørelse, den anvendelse, der følger af de særlige kendetegn, som er knyttet til et materiel, der er designet, udviklet eller væsentligt ændret specielt til sådanne formål.”

Domstolen opstiller herved et kriterie om, at anskaffelsen både objektivt og subjektivt skal være bestemt til militære formål. Herved forstås, at ikke alene skal ordregiver påtænke at anvende det til et militært formål (subjektivt kriterie), men ordregiveren skal også sørge for, at anskaffelsen udadtil med dens egenskaber og udformning fremstår til at skulle anvendes til militære formål (objektivt kriterie).

Domstolen anfører dernæst i præmis 44, at det påhviler ordregiver at godtgøre, at anskaffelsen opfylder både det subjektive og objektive kriterie. Domstolen uddyber ikke nærmere denne bevisbyrdepligt, men i Generaladvokatens forslag til afgørelsen bliver det i præmis 49 og 50 erklæret nærmere, hvordan det skal godtgøres. Heraf fremgår det, at det subjektive og objektive militære formål er indlysende, når der anskaffes eksempelvis kampvogne og krigsskibe, men når der indkøbes ammunition og afstandsmålere, skal det specifikke militære anvendelsesformål både subjektivt og objektivt godtgøres konkret.<sup>66</sup> Domstolen pålægger det til den nationale ret at afgøre, om drejeshivesystemet opfylder de af Domstolen opstillede betingelser.

Hvor *Agusta*-sagen kun forholder sig til, om anskaffelsen hovedsageligt skal tjene til militært eller civilt brug, så skærper Domstolen i *InsTiimi* anvendelsesområdet for blandede anskaffelser efter art. 346, stk. 1, litra b, idet det ikke er tilstrækkeligt, at anskaffelsen skal bruges militært, men den være produceret med henblik på, at den skal bruges militært.

I anvendelsesområdet for blandede anskaffelser efter art. 346, stk. 1, litra b betyder dette, at blandede anskaffelser pr. definition skal være militært materiel i både subjektiv og objektiv forstand. Denne udlægning støttes også af forsvarsdirektivets præambelbetragtning nr. 10:

”I dette direktiv bør der ved militært materiel endvidere forstås produkter, som oprindeligt har været beregnet til civil anvendelse, men siden er blevet tilpasset til militære formål med henblik på anvendelse som våben, ammunition eller krigsmateriel.”

Spørgsmålet er herefter, om der kan foretages anskaffelser efter art. 346, stk. 1, litra b, hvor anskaffelsen objektivt opfylder det militære formål, men kun delvist opfylder det subjektive formål, således at en del af anskaffelsen også skal anvendes til civile opgaver.

---

<sup>66</sup> Sag C-615/10 Forslag til afgørelse præmis 49-50

Dette spørgsmål blev der blandt andet taget stilling til i *AgustaWestland mod FMI*. Kendelsen er på omtrent 150 sider og er en af de mest omfangsrige i klagenævnets historie. En helikopterproducent, AgustaWestland, indbragte FMI for Klagenævnet for Udbud, efter at AgustaWestland i en udbudsprocedure, som mindede om udbudsproceduren udbud med forhandling, men som dog ikke overholdte udbudsdirektivets regler herom, var blevet fravalgt til fordel for en anden helikopterproducent. AgustaWestland gjorde principalt gældende, at udbuddet skulle have været foretaget efter det daværende udbudsdirektiv 2004/18. Til støtte herfor støttede AgustaWestland sig navnlig på *InsTiimi*-sagen og *Agusta*-sagen, som begge er gennemgået ovenover. FMI gjorde omvendt gældende, at anskaffelsen var begrundet i væsentlige sikkerhedsinteresser, og at den overvejende del af helikopterens opgaver var militære, samt at helikopteren ikke kunne sammenlignes med en civil helikopter, fordi en militær helikopter i dens opbygning og udrustning adskiller sig væsentligt fra civile helikoptere.

Klagenævnet fandt, at selvom det var anerkendt, at helikopterne også skulle løse civile opgaver, så fandtes dette sagligt velbegrundet henset til ressourcemæssige hensyn og hensynet til at sikre Danmarks territorialhøjhed. Dernæst fandt klagenævnet, at helikopternes civile anvendelse var underordnet og subsidiært til det militære formål.

Slutteligt anså klagenævnet også betingelserne om væsentlige sikkerhedsinteresser og proportionalitet for opfyldt, idet det henset til samarbejdet med andre NATO-lande var vigtigt at have ens materiel, og det efter det daværende udbudsdirektiv ikke var muligt at prækvalificere ansøgere på baggrund af deres evne til at omgå fortrolige oplysninger. Klagenævnet fandt endvidere, at markedet for militære og civile helikoptere skulle anses for to forskellige markeder, hvorfor betingelsen om ikke at forringe konkurrencevilkårene også var opfyldt. Anskaffelsen af helikopterne kunne derfor undtages for det daværende udbudsdirektiv og kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b. Påstanden fra AgustaWestland blev derfor ikke taget til følge.

Kendelsen fastslår dermed, at hvor en anskaffelse for den overvejende del skal bruges militært, og således kun har et underordnet civilt formål, så kan art 346, stk. 1, litra b anvendes.

*Agusta*-sagen og *AgustaWestland*-sagen udgør dermed foreløbigt de to poler inden for anvendelsesområdet af art. 346, stk. 1, litra b ved blandede anskaffelser. Hermed forstås, at hvor anskaffelsen som i *Agusta*-sagen overvejende skal bruges til civile formål og det militære formål kun er eventuelt, kan art. 346, stk. 1, litra b som udgangspunkt ikke finde anvendelse. Hvis derimod det overvejende formål er militært, som det var tilfældet i *AgustaWestland*-sagen, så kan art. 346, stk. 1, litra b finde anvendelse. Dertil kommer *InsTiimi*-sagen, som påbyder, at anskaffelsen uagtet dens subjektive tiltænkte anvendelse også objektivt skal fremstå til at ville blive anvendt til militære formål, således at anskaffelsen gennem grundlæggende ændringer adskiller sig væsentligt fra dens oprindelige *dual use* udformning. At definere en vare som en blandet anskaffelse kan derfor let blive misvisende, idet kravene til en blandet anskaffelse for at kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b er, at anskaffelsen skal anskaffes med henblik på militær anvendelse og også se ud som om, at den skal bruges hertil, hvilket naturligt minimerer dens civile anvendelsesmuligheder.

I den netop beskrevne retstilling, bør det tages i betragtning, at AgustaWestland er en kendelse afsagt af klagenævnet. Selvom klagenævnet er nedsat med hjemmel i kontroldirektivet og skal fortolke i overensstemmelse med EU-retten, så ville den ovenfor beskrevne retstilling kunne have været klarere, såfremt afgørelsen var blevet truffet af EU-Domstolen, idet en afgørelse truffet af EU-Domstolen eller de nationale domstole retskildemæssigt ville have haft større værdi end en kendelse afsagt klagenævnet, som er et nationalt administrativt nævn.<sup>67</sup> Henset til den foreliggende retspraksis om anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b, giver ovenstående dog det indtil videre bedste bud med baggrund i den retsdogmatiske metode, om end det må understreges, at denne retsstilling efter indførelsen af forsvarsdirektivet er usikker. Det behandles i kapitel 7 nærmere, hvilken betydning indførelsen af forsvarsdirektivet kan have for anvendelsesområdet af art. 346, stk. 1, litra b.

#### **5.4. Pligt til at respektere EU-retlige principper**

Ved undersøgelsen af anvendelsesområdet for art. 346, stk.1, litra b bør det også overvejes, om der trods bestemmelsen ordlyd består en forpligtelse til at iagttage de grundlæggende EU-principper, når bestemmelsen anvendes ved anskaffelser i et udbudsretligt regi. Der er i afhandlingens kapitel 2 redegjort for de grundlæggende EU-principper i EU-udbudsretten, hvoraf ligebehandlings-, gennemsigtigheds- og proportionalitetsprincippet udgør de grundlæggende søjler i EU-udbudsretten.

Proportionalitetsprincippet er allerede en del af ordlyden af selve bestemmelsen i art. 346, stk. 1, litra b og skal dermed iagttages af medlemsstater, som anskaffer sig forsvarsmateriel efter bestemmelsen. Omfanget af proportionalitetsprincippet i bestemmelsen er beskrevet ovenfor i afsnit 5.2.3. Af ordlyden kan der ikke læses andre forpligtelser end at iagttage proportionalitetsprincippet. I omfanget af proportionalitetsprincippet ligger efter Domstolens praksis imidlertid, at en medlemsstat skal godtgøre, at den ikke vil kunne have anvendt et af udbudsdirektiverne på anskaffelsen, jf. C-337/05 afsnit 5.2.3. Efter ”mindre i det mere-princippet” følger heraf også, at proportionalitetsprincippet indebærer en vurdering af, i hvor høj grad udbudsregimets grundlæggende principper er overholdt i en anskaffelse efter art. 346, stk. 1, litra b.

Spørgsmålet er herefter, om udbudsregimets grundlæggende principper indgår som selvstændige principper, som skal respekteres ved anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b, eller om de kun indgår som led i vurderingen af proportionaliteten.

I AgustaWestland-sagen blev dette spørgsmål prøvet, idet AgustaWestland subsidiært påstod, at FMI i deres anskaffelsesprocedure og evaluering havde tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Til støtte herfor henviste AgustaWestland navnlig til C-284/05 *Kommissionen mod Finland*. Dommen behandler imidlertid ikke problemet direkte. FMI bestred, at denne dom påbød ordregiver en forpligtelse til selvstændigt at godtgøre, at den ved anskaffelsen ikke har kunnet overholde de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, men at det indgik som et led i vurderingen af proportionaliteten.

I kendelsen udtaler klagenævnet følgende:

---

<sup>67</sup> Kontroldirektiv 2007/66

”De væsentlige sikkerhedsinteresser, jf. TEUF artikel 346, stk. 1, litra b,[...], begrundes endvidere en fravigelse af de i blandt andet Telaustria-dommen fastlagte principper om gennemsigtighed og ligebehandling, for så vidt som dette er nødvendigt.”

Heraf fremgår det, at der efter bestemmelsen ikke selvstændigt består en pligt til at respektere EU-principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, men at de indgår som et led i vurderingen af proportionaliteten. Præmissen fra klagenævnet er i tråd med den tidligere praksis fra EU-Domstolen, der løbende har føjet kriterier til vurderingen af proportionaliteten i art. 346, stk. 1, litra b.

Såfremt EU-principperne om ligebehandling og gennemsigtighed selvstændigt ville skulle respekteres, ville det fratage art. 346, stk. 1, litra b en væsentlig del af dens styrke, da bestemmelsens formål netop er at kunne fravige de grundlæggende EU-principper, såfremt betingelserne herfor er opfyldt.

At kendelsen fra klagenævnet ikke udgjorde et uvæsentligt bidrag til forståelsen af anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b og forpligtelsen til at respektere de grundlæggende EU-principper, kunne bl.a. ses ved den danske stats anskaffelse af nye kampfly. Anskaffelsen blev foretaget efter art. 346, stk. 1, litra b, men det fremgik af udbudsmaterialet, at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ville blive iagttaget.<sup>68</sup>

Anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b indebærer med baggrund i ovenstående ikke nogen selvstændig pligt for medlemsstaten til at respektere principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Principperne indgår derimod som led i vurderingen af, hvorvidt proportionalitetsprincippet i bestemmelsen er blevet iagttaget. At iagttagelsen af EU-principperne ikke er uvæsentlig, viser udbudsmaterialet vedrørende anskaffelsen af de nye kampfly til Danmark, som beløbs- og sikkerhedsmæssigt er en større anskaffelse, end der var tale om i AgustaWestland-sagen, men hvor det alligevel af udbudsmaterialet fremgik, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ville blive respekteret. Hvor art. 346, stk. 1, litra b bruges til at fravige udbudsdirektiverne, men hvor den ordregivende myndighed stadig foretager en form for udbud, kan det derfor antages, at ordregiver er forpligtet til at respektere principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

## **5.5. Retsvirkningen af en ulovlig anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b**

Ved beskrivelsen af, hvad retsvirkningen af en ulovlig anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b er, skal der sondres mellem EU-retlige pådømmelser og nationale pådømmelser. Såfremt sagen føres i et nationalt forum, finder kontroldirektivet anvendelse.<sup>69</sup> I Danmark er direktivet implementeret ved lov om klagenævnet for udbud ved lovbekendtgørelse nr. 593 af 02/06/2016(klagenævnsloven). Det fremgår ikke af lovens ordlyd, at klager efter forsvarsdirektivet kan behandles efter denne lov, jf. § klagenævnslovens § 1 modsætningsvist. Imidlertid fremgår det af bekendtgørelse nr. 892 af 17/08/201, som implementerer forsvarsdirektivet(bekendtgørelsen), at klager vedrørende forsvarsdirektivet skal behandles efter klagenævnsloven, jf. bekendtgørelsens § 11.

<sup>68</sup> <https://kammeradvokaten.dk/media/6640/dom.pdf> s. 6 sidst besøgt 12. November 2018

<sup>69</sup> Direktiv 2007/66 /EF

Ved en klage over forkert anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b vil denne godt kunne behandles efter klagenævnsløven, idet klagen netop vil gå på, at forsvarsdirektivet er anvendt forkert. Dette er også bekræftet i sagen med AugustaWestland.<sup>70</sup>

Såfremt der sker en forkert anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b, vil kontrakten kunne erklæres for uden virkning, jf. bekendtgørelsens § 11, jf. klagenævnsløvens § 18. Hensynet hertil er at sikre, at virkningen af den forkerte anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b genoprettes ved, at der foretages et udbud efter udbudsdirektiverne.

Som en undtagelse hertil fremgår det af bekendtgørelsens § 11, stk. 3, at sanktionen uden virkning ikke må tages i brug, hvis det vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhedsprogram, som er afgørende for en medlemsstats sikkerhedsinteresser. En tilsvarende undtagelse fremgår af klagenævnsløvens § 18, stk. 3, idet det efter denne bestemmelse kræves væsentlige hensyn til almenhedens interesser, førend sanktionen ikke udøves. Ved en prøvelse af anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b, vil en del af sagen typisk dreje sig om, hvorvidt forsvarsdirektivet kunne have været anvendt. Henset til dette og bekendtgørelsens karakter af *lex specialis*, må det være bekendtgørelsens § 11, stk. 3, hvorudfra det vil skulle bedømmes, om kontrakten ville kunne undgå at blive erklæret for uden virkning.

Er spørgsmålet om anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b kommet for EU-Domstolen som led i et traktatkrænkelssøgsmål, er retsvirkningen af en ulovlig anvendelse forskellig alt efter hvilken overtrædelse af EU-retten, der er sket. I sagen C-414/97 *Kommissionen mod Spanien* var der sket en overtrædelse af EU-rettens bestemmelser om toldopkrævning. I sådanne tilfælde vil der skulle ske tilbagebetaling af den told, som ikke er blevet opkrævet, jf. også herved C-284/05 *Kommissionen mod Finland* præmis 62.

Er der omvendt sket en overtrædelse af EU-retten ved, at art. 346, stk. 1, litra b er blevet anvendt i stedet for udbudsdirektiverne, vil det, når det er et søgsmål, som Kommissionen har iværksat, ikke været forbundet med en påstand om, at tildelingen vil skulle mødes med sanktionen uden virkning. Dette ses eksempelvis i sagen C-337/05 *Agusta*, hvor Kommissionen alene påstår, at Italien har tilsidesat sine forpligtelser i forhold til navnlig udbudsdirektivet. Dette skyldes også typisk det tidsmæssige perspektiv, hvor pådømmelsen af anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b sker lang tid efter, at der er sket en tildeling. Sanktionen uden virkning vil derfor ud fra værdispildsbetragtninger, eller fordi kontrakten allerede er opfyldt ikke være meningsfuld at bruge. Søgsmålene for EU-Domstolen varetager nærmere det formål at få medlemsstaterne til at ændre praksis.

## **5.6. Sammenfatning om anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b ved anskaffelser**

Ved anskaffelser, der foretages efter art. 346, stk. 1, litra b, kan anskaffelserne kun vedrøre de genstande, som er oplyst på rådets liste fra 1958. Der kan med hjemmel i bestemmelsen ikke selvstændigt anskaffes tjenesteydelseskontrakter som service- og vedligeholdelseskontrakter, men såfremt de ikke udgør den overvejende del af

---

<sup>70</sup> Kendelsen fra Klagenævnet for Udbud fra d. 20. December 2013 *AgustaWestland mod Forsvarets Materieltjeneste* s. 119 ff.

anskaffelsen, men denne udgøres af en vare på listen, kan tjenesteydelseskontrakter også medtages under bestemmelsen.

De væsentlige sikkerhedsinteresser, som kan begrunde en anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b, defineres af medlemsstaterne, da medlemsstaterne alene har ansvaret for deres egne sikkerhedsinteresser. Medlemsstaterne har derfor stor frihed til at definere deres væsentlige sikkerhedsinteresse, og hvor disse behov varetages. Imidlertid indskrænkes medlemsstaternes råderum, når anskaffelsen konkretiseres, idet medlemsstaterne ikke blot kan påberåbe sig væsentlige sikkerhedsinteresser, men også konkret skal bevise, hvorledes en given anskaffelse kan sikre varetagelsen af en af medlemsstaten fremsat sikkerhedsinteresse.

Medlemsstaterne har ligeledes et skøn i forhold til at vurdere nødvendigheden af anvendelsen af bestemmelsen. Kravene til denne proportionalitetsvurdering er dog i takt med EU-rettens udvikling blevet skærpet, således at det påhviler medlemsstaterne at godtgøre, at anskaffelsen ikke kunne have været foretaget i tættere sammenspil med EU-retten, herunder de enkelte udbudsdirektiver og principperne bag.

Forbuddet mod forringelse af konkurrencevilkår er den sidste betingelse, som særligt giver udfordringer ved *dual use* anskaffelser. Her har EU-rettens udvikling betydet, at det subjektive formål med anskaffelsens anvendelse ikke længere er nok, idet anskaffelsen også objektivt skal fremstå som militært materiel, førend den kan anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b.

## 6. Modkøbsforpligtelser

I kapitel 5 er anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b ved anskaffelser blevet undersøgt. I dette kapitel undersøges muligheden for at anvende modkøbsforpligtelser efter art 346, stk.1, litra b. Modkøbsforpligtelser er en af medlemsstaterne ofte brugt forpligtelse, som ofte pålægges i forbindelse med en anskaffelse til medlemsstatens forsvar.<sup>71</sup> Ved en modkøbsforpligtelse forstås en kontraktklausul, der forpligter leverandøren til for et vist beløb at investere eller købe varer eller tjenesteydelser af virksomheder hjemmehørende i ordregiverens land.<sup>72</sup>

Modkøbsforpligtelser benævnes også ofte off set-klausuler, modkøb, industrisamarbejde, kompensationskøb mv.<sup>73</sup> Der er ikke en semantisk forskel mellem begreberne og i dette speciale anvendes alene betegnelsen *modkøbsforpligtelse(r)*, når begrebet og anvendelsen af dette generelt diskuteres. Ved beskrivelsen af de danske modkøbsforpligtelser anvendes betegnelsen industrisamarbejde, da dette er navnet på de danske modkøbsforpligtelser.

I afsnit 6.1 beskrives medlemsstaternes brug af modkøbsforpligtelser og anvendelsesområdet for brugen af modkøbsforpligtelser efter art. 346, stk. 1, litra b. Med baggrund i dette afsnit beskrives det danske industrisamarbejde i afsnit 6.2. I afsnit 6.3 vurderes det, hvorvidt det danske industrisamarbejde er i overensstemmelse med anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b. Grunden til, at

---

<sup>71</sup> Guidance Note - Offsets s. 1.

<sup>72</sup> Heuninckx 2014 s. 3

<sup>73</sup> Guidance Note - Offsets s. 6

der tages udgangspunkt i det danske industrisamarbejde skyldes, at Kommissionen i januar 2018 åbnede en traktatkrænkelssesag mod bl.a. Danmark, fordi Kommissionen er af den opfattelse, at Danmark ved at pålægge modkøbsforpligtelser på en række indkøb har krænket EU-retten<sup>74</sup>.

For at belyse anvendelsesområdet for modkøbsforpligtelser efter art. 346, stk. 1, litra b inddrages navnlig Kommissionens fortolkende meddelelser herom.<sup>75</sup> Beskrivelsen af det danske industrisamarbejde sker med baggrund i de retningslinjer, som ligger til grund for anvendelsen af industrisamarbejdet.<sup>76</sup> Vurderingen af industrisamarbejdets forenelighed med art. 346, stk. 1, litra foretages dermed dels på baggrund af Kommissionens fortolkende meddelelser herom, og dels på baggrund af det, som er blevet beskrevet i kapitel 5. I forhold til den retsdogmatiske metode, som er den anvendte metode i denne afhandling, bygger dette kapitel derfor hovedsageligt ikke på de traditionelle retskilder. Som det imidlertid er redegjort for i afsnit 1.4, udgør Kommissionens fortolkende meddelelser et ikke uvæsentligt bidrag til forståelsen af særligt art. 346, stk. 1, litra b, ligesom det inden for adgangen til at anvende modkøbsforpligtelser udgør den eneste retskilde, idet EU-Domstolen ikke endnu har taget stilling hertil. Kapitlet afviger derfor ikke fra den retsdogmatiske metode, om end det må holdes for øje, at vurderingen er foretaget med baggrund i de ovenfor beskrevne retskilder.

## 6.1. Modkøbsforpligtelsers anvendelse og udbredelse

Modkøbsforpligtelser er et instrument, som i forbindelse med køb af forsvarsmateriel anvendes af stater over hele verden.<sup>77</sup> Forpligtelserne pålægges leverandøren for at varetage væsentlige sikkerhedsinteresser, men samtidig sikrer det en kompensation i form af investeringer og arbejdspladser, idet ordren ikke placeres direkte i medlemsstatens eget land.<sup>78</sup> Brugen af modkøbsforpligtelser sikrer dermed også den medlemsstat, som har i sinde at indkøbe nyt forsvarsmateriel, et argument overfor befolkningen i landet, som især i fredstider vil kunne have svært ved at forstå, hvorfor et milliardbeløb skal investeres i forsvarsmateriel i stedet for eksempelvis velfærd.

Modkøbsforpligtelserne kan udgøre helt op til 100 % af kontraktværdiens værdi og være både indirekte, direkte og semi-direkte. Ved direkte modkøbsforpligtelser forstås forpligtelser, hvor afviklingen af forpligtelsen skal være direkte forbundet med anskaffelsen og den deraf følgende produktion og levering til medlemsstaten. Indirekte modkøbsforpligtelser behøver derimod ikke at relatere sig direkte til anskaffelsen, men kan vedrøre indkøb i (civile) sektorer. Semi-direkte modkøbsforpligtelser er ligesom de direkte modkøbsforpligtelser forbundet til forsvarsanskaffelsen, men produktionen og leveringen sker ikke udelukkende i relation til medlemsstatens anskaffelse.<sup>79</sup>

Selvom modkøbsforpligtelser er udbredt over hele verden, så findes der ikke i EU nogle tal over, hvor udbredt det er i EU.<sup>80</sup> Imidlertid offentliggør *The Bureau of*

<sup>74</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-357\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-357_en.htm) (sidst besøgt d. 3. december 2018)

<sup>75</sup> Guidance Note – Offset, Guidance Note – Security of Supply

<sup>76</sup> Retningslinjer for Industrisamarbejde 2014

<sup>77</sup> Kommissionens arbejdsdokument til implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 28

<sup>78</sup> Heuninckx 2018 s. 5

<sup>79</sup> Heuninckx 2018 s. 5

<sup>80</sup> Kommissionens arbejdsdokument til implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 65

*Industry and Security (BIS)*, som er en styrelse under Handelsministeriet i USA hvert år en rapport om anvendelsen af modkøbsforpligtelser ved handel med militært materiel. Siden 2014 er det i rapporten fremgået, hvor stor en del af nye indgåede modkøbsforpligtelser, som EU-medlemsstaterne tegner sig for. I 2014 blev der af amerikanske forsvarsindustrifirmaer indgået ni nye modkøbsforpligtelser med EU-medlemslande til en værdi af 1,68 milliarder amerikanske dollars.<sup>81</sup> I 2015 var det kun tre nye aftaler til en værdi af 35,5 millioner amerikanske dollars.<sup>82</sup> I 2016 var det seks nye aftaler til en værdi af knap 90 millioner amerikanske dollars. I alle tre år udgjorde procentdelen af værdien af de indgåede kontrakter under 15 % af den samlede værdi, som amerikanske forsvarsindustrivirksomheder havde indgået modkøbsforpligtelser for.

De ovenstående tal viser dermed tydeligt, at modkøbsforpligtelser er et verdensomspændende fænomen, og at det stadig anvendes i et ikke ubetydeligt omfang i EU, idet de netop beskrevne forpligtelser kun var med amerikanske firmaer.

Effekten af modkøbsforpligtelser antages imidlertid at være tvivlsom, selvom brugen af modkøbsforpligtelser kan fordyre en anskaffelse med op til 30 % eller mere.<sup>83</sup> Således medvirker supporteringen af den hjemlige industri kun, at en brøkdel af merprisen hentes hjem igen ved teknologioverførsler, arbejdspladser mv.<sup>84</sup>

Anvendelsen af modkøbsforpligtelser er grundlæggende i strid med EU-retten, fordi det strider mod de grundlæggende frie bevægeligheder i EU-samarbejdet.<sup>85</sup> Adgangen til at pålægge modkøbsforpligtelser kan derfor kun foretages med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b.

Som det er beskrevet i kapitel 4 og 5, gælder det for anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b, at den skal fortolkes indskrænkende, kun er til brug i klart afgrænsede tilfælde, og anvendelsen må ikke gå længere end nødvendigt. Medlemsstaten har bevisbyrden for, at disse betingelser opfyldt.<sup>86</sup>

For brugen af modkøbsforpligtelser betyder dette, at en medlemsstat for at kunne pålægge en modkøbsforpligtelse i forbindelse med en anskaffelse skal kunne godtgøre, at forpligtelsen er nødvendig for at kunne varetage en af medlemsstaten defineret væsentlig sikkerhedsinteresse, og hvorfor det ikke kan gøres mindre indgribende. Det bør herved erindres, at økonomiske og erhvervsmæssige grunde ikke kan retfærdiggøre anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b. Særligt for indirekte modkøbsforpligtelser, hvor afviklingen ikke er relateret direkte til forsvarsanskaffelsen, betyder forbuddet i art. 346, stk. 1, litra b, hvor der ikke må ske forringelse af konkurrencevilkårene på det civile marked, at indirekte modkøbsforpligtelser som udgangspunkt ikke er i overensstemmelse med art. 346, stk. 1, litra b.<sup>87</sup>

---

81 <https://www.bis.doc.gov/index.php/forms-documents/pdfs/1449-final-20th-offsets-in-defense-trade-report-public-report/file> s. 20 (sidst besøgt d. 3. december 2018)

82 Samme link. s. 21 (sidst besøgt d. 3. december 2018)

83 Heuninckx 2018 s. 6

84 Heuninckx 2018 s. 6

85 Guidance Note – Offset s. 1.

86 For en uddybning henvises til specialets kapitel 5.

87 Kommissionsmeddelelse 2006 om fortolkningen af art. 296 pkt. 4.



Vurderingen af, om der skal pålægges en modkøbsforpligtelse med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b er ligeledes en konkret vurdering, som foretages uafhængigt af, om en forsvarsanskaffelse kan være omfattet af art 346, stk. 1, litra b.<sup>88</sup> Dette medfører, at nationale love eller administrative forskrifter, hvori der pålægges modkøbsforpligtelser ved anskaffelser over et vist beløb, er i strid med EU-retten.

At en forsvarsanskaffelse vurderes til at kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b medfører derfor ikke automatisk, at medlemsstaten i samme ombæring kan pålægge leverandøren modkøbsforpligtelser. Tværtimod vil det at pålægge modkøbsforpligtelser på en anskaffelse omfattet af art. 346, stk.1, litra b udgøre endnu et element i strid med EU-retten, som derfor af medlemsstatens selvstændigt vil skulle retfærdiggøres.<sup>89</sup> Det samme gør sig gældende, selvom udbudsdirektiverne ikke finder anvendelse på anskaffelsen, fordi der f.eks. er tale om et *government to government* køb.<sup>90</sup> Her vil det også skulle vurderes med baggrund i art. 346, stk. 1, om der kan pålægges modkøbsforpligtelser. Hertil kan det anføres, at selvom modkøbsforpligtelsen pålægges en amerikansk virksomhed, er det stadig en krænkelse af EU-retten, fordi det favoriserer det købende medlemslands virksomheder til fordel for andre europæiske virksomheder.<sup>91</sup>

Modkøbsforpligtelser kan dog også tjene til at sikre, at især medlemsstater, der ikke ved deres egen nationale industri er i stand til at producere hele forsvarsanskaffelser som eksempelvis kampfly eller kampvogne, sikres en vis kompatibilitet og forsyningssikkerhed. Særligt forsyningssikkerhed kan være en reel grund til pålægge modkøbsforpligtelser, idet det i tilfælde af krig kan være afgørende, at en medlemsstat selv kan foretage visse reparationer og vedligeholdelser på sit forsvarsmateriel og ikke er afhængig af en virksomhed beliggende i en anden stat. Forsyningssikkerhed skal forstås bredt i relation til at sikre, at en medlemsstat på egen hånd er i stand til at levere varer og tjenesteydelser, som er nødvendige for at kunne varetage dens forsvars- og sikkerhedspolitiske forpligtelser.<sup>92</sup>

Den ovenstående beskrivelse tegner et modsætningsfyldt billede, idet modkøbsforpligtelser som det klare udgangspunkt ikke er foreneligt med EU-retten, men at medlemsstaterne til trods herfor stadig gør stor brug af modkøbsforpligtelser, når de anskaffer forsvarsmateriel, som dog også under visse omstændigheder kan være indenfor anvendelsesområdet af art. 346, stk. 1, litra b. En beskrivelse af det danske industrisamarbejde i næste afsnit skal dermed tjene til at konkretisere modkøbsforpligtelser med henblik på at vurdere, hvorvidt industrisamarbejdet er i overensstemmelse med EU-retten.

## 6.2. Industrisamarbejdet

Industrisamarbejdet er navnet på Danmarks brug af modkøbsforpligtelser og industrisamarbejdet har gennem en årerække været anvendt. De nuværende retningslinjer for anvendelsen af industrisamarbejdet stammer fra 2014. Grunden til, at der i 2014 skete en ændring af retningslinjerne for industrisamarbejdet skyldtes, at

---

<sup>88</sup> Guidance Note – Offset s. 7

<sup>89</sup> Guidance Note – Offset s. 7

<sup>90</sup> Forsvarsdirektivet finder ikke anvendelse på sådanne kontrakter, jf. forsvarsdirektivets art. 13, litra f

<sup>91</sup> Heuninckx 2018 s. 7

<sup>92</sup> Guidance Note -security of supply s. 1

Kommissionen fandt Danmarks brug af modkøbsforpligtelser i strid med EU-retten, hvorfor retningslinjerne efter dialog med Kommissionen blev ændret.<sup>93</sup> Den nuværende ordning administreres i et samarbejde mellem Erhvervsstyrelsen, Forsvarsministeriet og FMI.<sup>94</sup>

Den nuværende ordning finder anvendelse på anskaffelser af nyt forsvarsmateriel til over 50 mio. kr. jf. retningslinjerne om industrisamarbejde (retningslinjernes) pkt. 1. Ordningen indebærer en forpligtelse for leverandøren til at samarbejde med virksomheder i Danmark, jf. pkt. 2.1. Industrisamarbejdet pålægges kun, såfremt der sker en anskaffelse af forsvarsmateriel, som dette er defineret i forsvarsdirektivet, jf. retningslinjernes pkt. 2.2. Definitionen af forsvarsmateriel i forsvarsdirektivet er defineret i præambelbetragtning nr. 10 og i art. 1, nr. 1, der begge kodificerer den praksis fra EU-Domstolen, der har omhandlet afgrænsningen og definitionen af våben, ammunition og krigsmateriel ligesom præambelbetragtningen også kodificerer Domstolens praksis indenfor *dual use* anskaffelser, jf. herved nærmere afsnit. 5.3.

Af retningslinjerne fremgår det videre, at forpligtelser til industrisamarbejde fastsættes i overensstemmelse med EU-retten, herunder særligt art. 346. Derfor vurderer Forsvarsministeriet ved hver anskaffelse, om det er nødvendigt af hensyn til Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser, hvilke forpligtelser der kan varetage Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser, og at disse forpligtelser ikke går længere end nødvendigt. Denne vurdering sker med baggrund i den forsvarsindustrielle strategi, hvori Danmarks væsentligste sikkerhedsinteresser er beskrevet.<sup>95</sup> Såfremt disse betingelser er opfyldt, vurderer Erhvervsstyrelsen som det sidste, om anvendelsen af industrisamarbejde vil skævvride konkurrencen på det civile marked. Opfyldes denne betingelse også, pålægges der et industrisamarbejde.

Værdien af den forpligtelse der pålægges, er ikke fastsat i retningslinjerne. Forpligtelsen afvikles derefter efter et faktor-system, som muliggør, at leverandøren ikke er tvunget til at indkøbe varer og tjenesteydelser i forholdet 1:1. Såfremt leverandøren udveksler know-how med en dansk virksomhed, ganges værdien af denne know-how med faktor 7. Rådgivning og kapitaltilførsel til udviklingsprojekter medfører en faktor 5, mens at afviklingen ganges med faktor 3, såfremt leverandøren stiller faciliteter til rådighed.<sup>96</sup> Afviklingen kan dog kun ske ved varer og tjenesteydelser, som kan indordnes under forsvarsmateriel. Det vil sige, at afviklingen ikke kan vedrøre blandede anskaffelser, som ikke opfylder de krav, som EU-Domstolen har fastsat, jf. afsnit 5.3. Herudover er det krav, at afviklingen er direkte forbundet med anskaffelsen. Der er dog ikke noget krav om, at afviklingen skal være forbundet med en bestemt fase i anskaffelsens levecyklus, og afviklingen kan dermed vedrøre udvikling, fremstilling, vedligeholdelse mv.

I forhold til de tidligere retningslinjer for industrisamarbejdet, er de nye retningslinjer væsentligt skrapere. Efter de gamle retningslinjer skulle modkøbsforpligtelsen mindst være på 100 % af kontraktværdien, som blev pålagt ved køb så snart de oversteg 25 mio. kr. Afviklingen efter den gamle ordning kunne ligeledes finde anvendelse på blandede anskaffelser, afviklingen skulle ikke være

<sup>93</sup> <https://www.altinget.dk/forsvar/artikel/10805> (sidst besøgt d. 3. december 2018)

<sup>94</sup> Aftale om administration af industrisamarbejde

<sup>95</sup> Den forsvarsindustrielle strategi

<sup>96</sup> Retningslinjer for industrisamarbejde s. 4

relateret til den konkrete anskaffelse og retningslinjerne indrømmede også adgang til *banking*, som muliggjorde, at såfremt det samlede modkøb oversteg modkøbsforpligtelsen, kunne det modregnes i en senere modkøbsforpligtelse.<sup>97</sup>

### 6.2.1. Omfanget af industrisamarbejdet

Industrisamarbejdet anvendes i et ikke ubetydeligt omfang, idet den samlede udestående forpligtelse til industrisamarbejde ved udgangen af 2017 beløb sig til 5,5 mia. kr. fordelt over 38 aftaler<sup>98</sup> Alene i 2017 blev der pålagt industrisamarbejde for ca. 1,0 mia. kr, mens der i 2017 blev foretaget afvikling for i alt 1,7 mia. kr. Tallene skal sammenholdes med, at der for finansloven for 2017 blev bevilget ca. 2,3 mia. kr. til materielanskaffelser.<sup>99</sup>

Dermed beløb industrisamarbejdet i 2017 sig til ca. halvdelen af den samlede anskaffelsessum, som var øremærket materielanskaffelser. Da industrisamarbejdet kun pålægges ved anskaffelser over 50 mio. kr., kan det derfor antages, at industrisamarbejdet i 2017 er blevet pålagt den overvejende del af anskaffelser over 50 mio. kr., eller at forpligtelsen til industrisamarbejde væsentligt har oversteget 100 %, idet ikke alle anskaffelser i sagens natur ikke beløber sig til over 50 mio. kr.

### 6.2.2. Kommissionens åbningsskrivelse mod Danmark

Kommissionen er af den opfattelse, at det nuværende industrisamarbejde er i strid med EU-retten og sendte derfor i slutningen af januar 2018 en åbningsskrivelse til Danmark.<sup>100</sup> Udover åbningsskrivelsen mod Danmark, sendte Kommissionen også en åbningsskrivelse til Holland for deres brug af modkøbsforpligtelser. Danmark har sidenhen svaret på Kommissionens åbningsskrivelse og parterne drøfter nu den videre proces.<sup>101</sup> Sagens udfald kan have stor betydning for den fremtidige anvendelse af industrisamarbejdet, ligesom det ville kunne have erstatningsretlige konsekvenser for Danmark, såfremt det måtte blive fastslået, at industrisamarbejdet er i strid med EU-retten, idet de leverandører, som har afviklet deres industrisamarbejde vil kunne gøre erstatningskrav gældende.<sup>102</sup> Derfor vil Danmark ikke have en interesse i, at industrisamarbejdet ved EU-Domstolen bliver kendt ugyldig, men at der i tråd med de forrige retningslinjer foretages end ændring. På den måde vil det være mere omstændigt for en leverandør at bevise, at Danmark har overtrådt EU-retten.

Det findes derfor relevant at foretage en vurdering af, hvorvidt det danske industrisamarbejde er i overensstemmelse med EU-retten.

---

<sup>97</sup> De tidligere retningslinjer er vedlagt som bilag, da de ikke længere er offentligt tilgængelige.

<sup>98</sup> Status for industrisamarbejde for år 2017 s. 1

<sup>99</sup> <http://www.oes-cs.dk/bevillingslove/doctopic?book=BEVPUBL.FL17&topic=12.13.04&searchtype=3> ( sidst besøgt d. 20 november)

<sup>100</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-357\\_da.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-357_da.htm)

<sup>101</sup> <https://www.altinget.dk/forsvar/artikel/jarlov-modkoeb-er-usundt> ( sidst besøgt d. 3. december 2018kræver abonnement)

<sup>102</sup> Betingelserne erstatning efter EU-retten behandles ikke nærmere, men der henvises til C-178/94 Dillenkofer for en belysning af erstatningsbetingelserne efter EU-retten.

### 6.3. Vurdering af industrisamarbejdets overensstemmelse med EU-retten

Som udgangspunkt er anvendelsen af modkøbsforpligtelser grundlæggende i strid med EU-retten, hvorfor industrisamarbejdet derfor også som udgangspunkt heller ikke er foreneligt med EU-retten. Kommissionen anerkender dog, at modkøbsforpligtelser med hjemmel i art. 346, stk. 1, litra b kan anvendes under bestemte forudsætninger, jf. nærmere afsnit 6.1. Ifølge retningslinjerne for industrisamarbejde, anvendes industrisamarbejde kun, hvor det er nødvendigt af hensynet til at varetage væsentlige sikkerhedsinteresser. Samtidig afgøres det af Forsvarsministeriet på baggrund af en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde. Denne vurdering foretages på baggrund af en af regeringen opstillet forsvarsindustriell strategi, som belyser Danmarks væsentligste sikkerhedsinteresser. Dette taler for, at industrisamarbejdet kan anvendes med baggrund i art. 346, stk. 1, litra b. Endvidere anvendes industrisamarbejde kun ved anskaffelser af militært materiel, ligesom det bliver vurderet, hvorvidt anvendelse af industrisamarbejde vil skævvride konkurrencen på det civile marked. Afviklingen af industrisamarbejdet skal ligeledes relatere sig til den konkrete anskaffelse.

Omvendt kan det anføres, at art. 346, stk. 1, litra b som fastslået i kapitel 5 og afsnit 6.1 kun helt undtagelsesvist skal anvendes i klart afgrænsede tilfælde. Når dette sammenholdes med, at Danmark i 2017 pålagde industrisamarbejde på den overvejende del af sine materielanskaffelser over 50 mio. kr., så taler dette imod, at industrisamarbejdet kun pålægges i klart afgrænsede tilfælde, men at det derimod nærmere er undtagelsen, at industrisamarbejde *ikke* pålægges på anskaffelser over 50 mio. kr.

Samtidig kan der stilles spørgsmålstegn ved, om det reelt kun er væsentlige sikkerhedsinteresser, som søges varetaget. At økonomiske interesser også spiller ind i industrisamarbejdet er der meget, der taler for. I en høring om den Europæiske Forsvarsfond udtalte erhvervsminister Rasmus Jarlov følgende om anvendelsen af industrisamarbejde:

”Så længe vi opererer med så lukkede forsvarsmarkeder rundt omkring i Europa, så tager vi selvfølgelig det hjem, som vi kan få. Vi er jo ikke naive og tror, at vi lige pludselig kan spille efter nogle andre spilleregler end dem, som de andre lande spiller efter”<sup>103</sup>

Udover ovenstående citat, så er det også i litteraturen antaget, at der ved anvendelsen af modkøbsforpligtelser ofte indgår økonomiske overvejelser, når leverandører pålægges modkøbsforpligtelser.<sup>104</sup>

Kommissionens åbningsskrivelse til Danmark taler også for, at industrisamarbejdet på den måde, som det anvendes nu, ikke er i overensstemmelse med EU-retten, idet Kommissionen i en traktatkrænkelssag skal have en begrundet formodning om en overtrædelse af traktaten, jf. TEUF art. 258.

Dertil kommer, at det ikke er usandsynligt, at Kommissionen ved at rette fokus mod industrisamarbejdet i Danmark forsøger at høste de lavt hængende frugter. Dette er især muligt, fordi der findes officielle retningslinjer for, hvordan industrisamarbejdet

<sup>103</sup> <https://www.altinget.dk/forsvar/artikel/jarlov-modkoeb-er-usundt> (sidst besøgt d. 3. december)

<sup>104</sup> Heuninckx 2018 s. 5

skal administreres, og det er derfor ligetil for Kommissionen at sammenholde disse officielle retningslinjer med den *de facto* mere lempelige administrering af industrisamarbejdet. Denne antagelse støttes også af, at Kommissionen også har sendt Holland en åbningsskrivelse, idet Hollands også på samme måde som Danmark har nedskrevet og offentliggjort deres modkøbspolitik.<sup>105</sup>

Der er derfor meget der taler for, at selvom industrisamarbejdet på papiret er i overensstemmelse med art. 346, stk. 1, litra b, så udfordrer industrisamarbejdets reelle anvendelse overensstemmelsen med EU-retten. Vurderingen skal dog ses i det lys, at det ikke er muligt at få fuld indsigt i, hvilke argumenter henholdsvis Kommissionen og særligt Danmark hver især anfører, idet dette ikke er offentligt tilgængeligt. Som udenforstående er det derfor alene muligt at pådømme lovligheden af den opsatte ramme for industrisamarbejdet, som i dette tilfælde udgøres af retningslinjerne for industrisamarbejdet. Den faktiske anvendelse af industrisamarbejdet, som er det lovligheden skal bedømmes ud fra, er der kun en beskedent mulighed for at få et reelt indblik i, idet det dog med stor sandsynlighed kan siges, at industrisamarbejde pålægges i den overvejende del af anskaffelserne over 50 mio. kr.

Selvom den nuværende form af industrisamarbejdet skulle blive fundet i strid med EU-retten, vil anvendelsen af modkøbsforpligtelser formentlig vedblive med at bestå, så længe art. 346, stk. 1, litra b stadig er en del af TEUF, idet modkøbsforpligtelserne på trods af deres EU-stridige natur giver beslutningstagere et validt argument på den nationale scene til at investere i militært materiel fremfor velfærd.<sup>106</sup> Dette hænger også sammen med, at beslutningstagere vælges nationalt. Absurditeten i denne argumentation ses dog ved, at modkøbsforpligtelserne har en begrænset virkning og tilmed kan anskaffelserne blive helt op til 30 % dyrere, jf. afsnit 6.2.1. Der gives derfor i kapitel 8 et bud på, hvordan brugen af modkøbsforpligtelser i fremtiden kan komme mere i overensstemmelse med EU-retten, uden at medlemsstaternes egeninteresser tilsidesættes.

## **7. Forsvarsdirektivets betydning for anvendelsesområdet af art. 346, stk. 1, litra b**

Det er i kapitel 5 blevet undersøgt under hvilke betingelser art. 346, stk. 1, litra b kan anvendes til at fravige udbudsdirektiverne, og i kapitel 6 er anvendelsesområdet for at pålægge modkøbsforpligtelser med hjemmel i samme artikel blevet analyseret. Da særligt retskildematerialet i kapitel 5 baserer sig på anskaffelser, der blev foretaget før forsvarsdirektivets implementering, kigges der i dette kapitel på, om dette kan have en betydning for anvendelsesområdet af art. 346, stk. 1, litra b. Dette skyldes også, at EU-Domstolen fortolker bestemmelser i en kontekstfortolkning, således at bestemmelser og principper i nyere retsakter kan have betydning for fortolkningen og forståelsen af ældre bestemmelser, jf. i denne retning C-310/08 Ibrahim, præmis 57, hvor Domstolen i fortolkningen af en passus i en forordning inddrager et nyere direktiv.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/commissariaat-militaire-productie/documenten/rapporten/2017/12/21/rapportage-industrieel-participatiebeleid-2015-2016> (sidst besøgt. d. 20 november 2018)

<sup>106</sup> Til støtte for denne antagelse se Heuninckx 2018 s. 2.

<sup>107</sup> Hagel-Sørensen 2016 s. 560

I afsnit 7.1 beskrives de væsentligste punkter i forsvarsdirektivet, hvor det adskiller sig fra udbudsdirektivet, mens det med baggrund i Kommissionens evalueringsrapport af forsvarsdirektivet i afsnit 7.2 beskrives, hvad indførslen af forsvarsdirektivet har betydet for medlemslandenes anskaffelser på forsvarsområdet, herunder anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b. Derefter vurderes det i afsnit 7.3, om forsvarsdirektivets har ændret anvendelsesområdet for anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b.

## 7.1. Forsvarsdirektivet

Forsvarsdirektivet blev vedtaget i 2009 og medlemsstaterne blev givet indtil d. 21. august 2011 til at implementere direktivet. Danmark implementerede direktivet ved bekendtgørelse nr. 892 af 17. august 2011. Målet med forsvarsdirektivet var at dæmme op for medlemslandenes automatiske brug af art. 346, stk. 1, litra b, når der var tale om en forsvars- eller sikkerhedsanskaffelse. Samtidig var målet at imødekomme medlemsstaternes behov ved forsvars- og sikkerhedsanskaffelser, hvilket ikke var blevet tilgodeset efter det daværende eller nuværende udbudsdirektiv.<sup>108</sup>

Forsvarsdirektivet finder kun anvendelse på to typer af kontrakter, idet direktivet på den ene side omfatter alle anskaffelser vedrørende militært materiel, og på den anden side kontrakter, som kan betegnes som følsomme, idet de indeholder hemmelige oplysninger og er til sikkerhedsformål, jf. forsvarsdirektivets art. 2.

En væsentlig forskel ved forsvarsdirektivet er, at ordregiver som standardprocedure kan vælge at anvende udbud med forhandling, jf. forsvarsdirektivets art. 25. Denne mulighed består kun efter det almindelige udbudsdirektiv, såfremt ordregiverens behov er særlig kompleks eller ikke er tilgængelig på markedet, eller såfremt et offentligt eller begrænset udbud er strandet, således at der kun er indkommet ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, jf. art. 26, stk. 4, litra a og b.

Leverandørens forsyningssikkerhed og informationssikkerhed er også to kriterier, som efter forsvarsdirektivet gives større mulighed for at inddrage. Således er der efter forsvarsdirektivet adgang til under vurderingen af tilbudsgivernes egnethed at inddrage deres forsyningssikkerhed og evne til at omgå klassificerede oplysninger, jf. forsvarsdirektivets art. 42, stk. 1, litra h og j. De ovennævnte kriterier kan tillige indgå som ordregiverens tildelingskriterier, jf. art. 47, stk. 1, litra a.

Dette er ikke efter det almindelige udbudsdirektiv muligt.

Som en sidste væsentlig forskel fra det almindelige udbudsdirektiv er muligheden for at påbyde leverandøren, at denne skal give en del af sin kontrakt i underentreprise, jf. forsvarsdirektivets art. 21, stk. 3 og 4. Andelen af kontrakten, som må gives i underentreprise må dog ikke overstige 30 % af kontraktens værdi, jf. forsvarsdirektivets art. 21, stk. 4. Såfremt en leverandør er blevet forpligtet til at sende en del af sin kontrakt i underentreprise, skal dette foregå efter de i krav, som er fastsat i forsvarsdirektivets art. 51-53. Det betyder, at leverandøren skal respektere principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ligesom der for leverandøren kan

---

<sup>108</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 1

være pligt til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, såfremt underentreprisen overstiger direktivets tærskelværdier.

De netop oplistede forskelle udgør ikke en udtømmende beskrivelse over de forskelle, der er mellem forsvarsdirektivet og det almindelige udbudsdirektiv. Forskellene viser imidlertid afgørende punkter, hvor forsvarsdirektivet anerkender de formål og behov, som en ordregiver ved en anskaffelse af militært eller følsomt materiel kan have. Derfor er det også Kommissionens opfattelse, at er der tale om et direktiv, som er designet til at imødekomme de behov, som ordregiver har indenfor forsvars- og sikkerheds-området.<sup>109</sup>

## 7.2. Kommissionens evalueringsrapport af forsvarsdirektivet

Ifølge forsvarsdirektivets art. 73, stk.2 var Kommissionen i 2016 forpligtet til at evaluere forsvarsdirektivet, hvorfor Kommissionen i 2016 følgelig aflagde rapport, der belyste opnåelsen af forsvarsdirektivets mål og medlemsstaternes brug af forsvarsdirektivet i perioden 2011-2015.<sup>110</sup>

Af rapporten fremgår det, at næsten 10 % af alle forsvars- og sikkerhedsanskaffelser foretages efter enten udbudsdirektivet eller forsvarsdirektivet. Før forsvarsdirektivets indførelse var det kun 3,3 % af medlemsstaternes anskaffelser i forhold til deres samlede anskaffelsesbudget, som blev foretaget efter det daværende udbudsdirektiv.<sup>111</sup> Til sammenligning skete ca. hver femte civile anskaffelse i perioden 2012-2014 efter de udbudsretlige regler.<sup>112</sup> Selvom godt 10 % anskaffes efter udbudsregimet, så er det imidlertid kun et fåtal store anskaffelser, hvilket af Kommissionen defineres som kontrakter med en værdi over 200 mio. euro., som foretages efter udbudsregimet.<sup>113</sup>

Blandt brugerne af forsvarsdirektivet er deres syn på dets anvendelse også forskellig. Således mener hele 52 % af ordregiverne, at forsvarsdirektivet har reduceret behovet for at bruge art. 346, stk. 1, litra b. Derimod mener hele 39 % af de økonomiske aktører, at forsvarsdirektivet ikke har ændret ved anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b.<sup>114</sup>

I forhold til anvendelsen af muligheden for at pålægge leverandøren at sende dele af kontrakten i udbud, fremgår det af Kommissionens evalueringsrapport, at denne mulighed kun i et ubetydeligt omfang er blevet benyttet.<sup>115</sup> Grunden hertil er navnlig, at medlemsstaterne ikke har incitament til at bruge bestemmelsen, idet det ikke kan garanteres, at medlemsstatens egne virksomheder får del i kontrakten, ligesom underleverandører og samarbejdsparterne etableres lang tid før selve tildelingen af kontrakten. Slutteligt anføres det, at anvendelsen af underentreprise er en bureaukratisk og juridisk tung opgave at gennemføre.<sup>116</sup>

---

<sup>109</sup> Field of Application Defence Directive 2009/81 s. 2

<sup>110</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen

<sup>111</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 4

<sup>112</sup> Kommissionens arbejdsdokument til evalueringsrapporten af forsvarsdirektivet s. 53

<sup>113</sup> Kommissionens arbejdsdokument til implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 70

<sup>114</sup> Samme s. 75

<sup>115</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 7

<sup>116</sup> Samme s. 7

Medlemsstaternes brug af modkøbsforpligtelser er efter Kommissionens opfattelse også blevet mindre, idet det i rapporten anføres, at der før forsvarsdirektivets indførelse var 18 medlemsstater, som systematisk pålagde modkøbsforpligtelser, mens dette tal i perioden efter blev reduceret til nul, således at medlemsstaterne nu i stedet foretog en konkret vurdering fra anskaffelse til anskaffelse.<sup>117</sup> Om dette skyldes Kommissionens henvendelse til medlemsstaterne eller den blotte indførelse af forsvarsdirektivet fremgår ikke af rapporten.

Kommissionen konkluderer overordnet i rapporten, at forsvarsdirektivet i sin form og indhold er anvendeligt til at opfylde dets formål, men at der skal fokuseres stærkt på at øge forsvarsdirektivets anvendelse og effektivitet.<sup>118</sup>

### 7.3. Vurdering

Formålet med dette kapitel var at belyse, hvorvidt forsvarsdirektivet har haft en indflydelse på anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b. I afsnit 7.1 blev forsvarsdirektivets væsentligste punkter beskrevet, som kunne begrunde en større anvendelse af direktivet fremfor art. 346 stk. 1, litra b. I afsnit 7.2 blev der på Kommissionens evalueringsrapport set på, om forsvarsdirektivet med dets orientering mod forsvars- og sikkerhedsanskaffelser reelt også medførte en stigning i antallet af anskaffelser foretaget efter udbudsregimet.

Særligt afsnit 7.2 om den reelle anvendelse af forsvarsdirektivet kan ikke med blik på den retsdogmatiske metode betragtes som en måde, hvorpå det kan afgøres, om indførelsen af forsvarsdirektivet har haft betydning for anvendelsesområdet af art. 346, stk. 1, litra b, da det ikke er en retskilde efter retsdogmatisk målestok. Som det også er illustreret i kapitel 5, har der netop ved anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b været stor diskrepans mellem medlemsstaternes anvendelse af bestemmelsen contra Kommissionen og EU-Domstolens opfattelse af, hvordan bestemmelsen reelt skulle tolkes. Imidlertid viser rapporten, at de intentioner, som der var med forsvarsdirektivet, kun tilnærmelsesvis er blevet indfriet, idet kun knap 10 % af alle forsvars- og sikkerhedsanskaffelser foretages efter udbudsregimet, ligesom forsvarsdirektivet ikke har kunnet levere et reelt alternativ til modkøbsforpligtelser, fordi muligheden for at pålægge ordregiveren at give dele af kontrakten i underentreprise har været for besværlig og ikke har kunne styrke den hjemlige industri.

Samtidig kan det konstateres, at der ikke siden forsvarsdirektivets indførelse er blevet afsagt domme af EU-Domstolen vedrørende anvendelsen af art. 346, stk. 1, litra b ved anskaffelser og modkøbsforpligtelser. Dette sker til trods for, at en stor del af alle forsvarsanskaffelser stadig sker med baggrund i art. 346, stk. 1, litra b. Om alle disse anskaffelser reelt har kunne anskaffes efter art. 346, stk. 1, litra b kan med rette betvivles, idet Kommissionen eksempelvis har sendt klagepunktsmeddelelser til Polen, Portugal og Italien for at tildele kontrakter direkte uden en udbudsprocedure.

119

---

<sup>117</sup> Kommissionens arbejdsdokument til implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 29

<sup>118</sup> Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen s. 10.

<sup>119</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-357\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-357_en.htm) (sidst besøgt d. 3. december 2018)



Omvendt viser rapporten også, at brugen af art. 346, stk. 1, litra b trods de beskedne tal mindskes. At forsvarsdirektivet reelt udgør et kompromis mellem det almindelige udbudsdirektiv og art. 346, stk. 1, litra b ses i Klagenævnet for Udbuds årsrapport for 2013, der omtaler sagen om AgustaWestland. Her anfører klagenævnet, at en sådan anskaffelse nu vil kunne foretages efter forsvarsdirektivet, navnlig henset til de funktioner i forsvarsdirektivet, som i afsnit 7.1 er beskrevet.<sup>120</sup>

Med baggrund de kapitel 4 opstillede betingelser for at anvende art. 346, stk. 1, litra b ved forsvarsanskaffelser, må navnlig forsvarsdirektivet få betydning ved proportionalitetsvurderingen, jf. afsnit 5.2.4. Med den praksis som foreligger, vil en ordregiver skulle bevise, at en anskaffelse ikke vil kunne foretages efter forsvarsdirektivet, hvilket hæver barren for, hvornår art. 346, stk. 1, litra b vil kunne anvendes, da forsvarsdirektivet netop tilgodeser nogle af de behov, som ved anskaffelser af militært materiel er væsentlige for en ordregiver.

Forsvarsdirektivets indførelse vil formentlig derimod ikke have en indflydelse på anvendelsesområdet for brugen af modkøbsforpligtelser, da forsvarsdirektivet ikke leverer et reelt alternativ hertil, fordi det ikke gennem forsvarsdirektivet kan sikres, at medlemsstatens egne virksomheder får del i underleverancen. Medlemsstater, som gør brug af modkøbsforpligtelser, vil derfor på samme måde som før skulle opfylde de samme betingelser for at kunne pålægge modkøbsforpligtelser. Med indførelsen af forsvarsdirektivet og Kommissionens klagepunktsmeddelelser til bl.a. Danmark, er der imidlertid blevet sendt et klart signal om, at modkøbsforpligtelser *per se* ikke accepteres, og at Kommissionen nøje overvåger situationen.

Med baggrund i det kapitel i 5 fastslåede anvendelsesområde for art. 346, stk. 1, litra b, har forsvarsdirektivets indførelse på trods af dets indtil videre beskedne udbredelse indskrænket anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b ved særligt anskaffelser af militært materiel. Løftes blikket imidlertid til virkelighedens realiteter, har forsvarsdirektivet kun i et begrænset omfang indskrænket den reelle anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b.

## 8. Perspektivering

Art. 346, stk. 1, litra b har været en del af traktatgrundlaget siden EU-samarbejdets begyndelse og er sidenhen blevet brugt af medlemsstaterne for at kunne afvige EU-retten, når det har været nødvendigt som følge af væsentlige sikkerhedsinteresser. Som dette speciale imidlertid også har vist, har påberåbelsen af væsentlige interesser i mange tilfælde været et skalkeskjul, hvor medlemsstaterne under påberåbelse af art. 346, stk. 1, litra b har varetaget egne økonomiske interesser.

I generaladvokat Colomos forslag til afgørelsen i sag C-284/05 *Kommissionen mod Finland* udtrykkes art. 346, stk. 1, litra b's problematik i præmis 177 meget præcist:

”Der er en klar spænding mellem to fortolkninger af artikel 296 EF (art. 346.), hvoraf den ene, der forfægtes af medlemsstaterne, går på en idé om en allestedsnærværende suverænitet på forsvarsområdet, der står over for den anden, mere fællesskabsorienterede, som reducerer bestemmelsens potentiale til mere stramme grænser”

---

<sup>120</sup> [https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/aarsberetning-2013\\_o.pdf](https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/aarsberetning-2013_o.pdf) s. 30 (sidst besøgt d. 3. december 2018)

Hvor denne grænsedragning i øjeblikket skal drages, er blevet forsøgt klarlagt i dette speciale, men da EU-samarbejdet er under stadig udvikling, er en beskrivelse af den fremtidige udvikling og anvendelse af art. 346, stk.1, litra b nødvendig.

Det europæiske forsvarsprojekt har for alvor taget fart i år 2017, da PESCO (*Permanent Structured Cooperation*) af medlemsstaterne blev grundlagt. Forummet, der fastholdes at være et supplement og ikke et alternativ til NATO, stiler mod, at EU-landene skal samarbejde om udvikling og anskaffelser af militært materiel samt integrere kommandostrukturer mv.<sup>121</sup> Målet er, at det på sigt skal udvikle sig til en reel forsvarsunion. Denne idé støttes af EU's mest toneangivende lande, Frankrig og Tyskland, idet både den franske præsident Macron og den tyske kansler Merkel begge har foreslået, at der dannes en fælles europæisk hær.<sup>122</sup> Bevæggrunden for dette ønske er dels, at EU på sigt skal blive uafhængig af USA, der med præsident Donald Trump i spidsen har betvivlet nerven i NATO-samarbejdet ved at så tvivl om den såkaldte musketered, der forpligter NATO-landene til at hjælpe hinanden i tilfælde af angreb. Det må dog fastholdes, at NATO-samarbejdet til stadighed udgør hjørnestenen i dansk sikkerheds- og forsvarspolitik, men også i europæisk sammenhæng.<sup>123</sup>

Den øgede orientering mod forsvars- og sikkerhedspolitikken skyldes også, at trusselsbilledet mod Danmark og resten af Europa er blevet forværret. Dette kan læses i den af regeringen netop offentliggjorte udenrigs- og sikkerhedspolitiske strategi, at:

”Regeringen er dybt bekymret over det forværrede trusselsbillede med et aggressivt Rusland, fortsatte terrortrusler, ustabilitet i Mellemøsten og nylige cyberangreb”.

Spørgsmålet er, om denne udvikling fører til en ændret og mere skærpet anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b både hvad angår anskaffelser, men også i anvendelsen af modkøbsforpligtelser, eller om medlemslandene med baggrund i det tiltagende trusselsbillede og deres forpligtelser til NATO om at anvende 2 % af BNP på forsvaret vil søge mod en større og mere bred anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b?

Hvis dette spørgsmål besvares med udgangspunkt i, hvordan anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra indtil nu har udviklet sig, vil anvendelsesområdet for bestemmelsen i fremtiden blive snævre, idet dette har været udviklingen hidtil. Hvis den øgede europæiske integration på forsvarsområdet fortsættes, vil dette formentlig også kunne virke som en katalysator på området. Denne udvikling vil imidlertid være båret af medlemsstaternes frivillighed og ikke på baggrund af en indsnævring af bestemmelsens anvendelsesområde, da dette vil skulle fastslås yderligere af EU-Domstolen. Hermed står det også klart, at bestemmelsens anvendelsesområde unægtelig er meget afhængig af den politiske udvikling og medlemsstaternes velvilje over for et øget EU-samarbejde. Heri lurer også en fare for, at den øgede EU-skepsis,

---

121 <https://cdn3->

[eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/uIHDealCWppaZmZmvAhZ1opPvNITj4NWbAJNJ6skkK8/mtime:1542657275/sites/eeas/files/pesco\\_factsheet\\_november\\_2018.pdf](https://cdn3-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/uIHDealCWppaZmZmvAhZ1opPvNITj4NWbAJNJ6skkK8/mtime:1542657275/sites/eeas/files/pesco_factsheet_november_2018.pdf)

122 <https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-11/angela-merkel-eu-parlament-jean-claude-juncker-europa>

123 [https://www.regeringen.dk/media/5907/udenrigs\\_sikkerhed\\_dk.pdf](https://www.regeringen.dk/media/5907/udenrigs_sikkerhed_dk.pdf) s. 11 (alle 3 links sidst besøgt d. 3. december)

som har manifesteret sig i hele Europa og stærkest kan eksemplificeres ved brexit underminerer den fortsatte udvikling.

At det ikke nytter noget at bekæmpe art. 346, stk. 1, litra b, men at bestemmelsens særlige egenskaber og medlemsstaternes behov for at bruge den i stedet skal anerkendes, er en pointe som *Heuninckx* understreger i sin artikel.<sup>124</sup> I tråd hermed foreslår han, at for at styrke modkøbsforpligtelsernes overensstemmelse med EU-retten, skal anvendelsen af disse gøres mere transparente. En måde hertil er efter hans mening at skabe et system, hvor medlemsstaterne årligt indrapporterer deres forsvarsindkøb til eksempelvis Kommissionen, hvor det angives hvilke leverandører og underleverandører, som kontrakterne er blevet tildelt. Kommissionen ville så skulle udregne en returkoefficient, som opgøres på baggrund af, hvor meget medlemsstaten har købt for i forhold til, hvor mange penge som er kommet ind via andre medlemsstaters køb. Denne returkoefficient ville så kunne bruges som en faktor, der udjævner forskellene mellem medlemslandene, således at virksomheder hjemhørende i en medlemsstat, som har en høj returkoefficient vil få ganget deres bud med denne returkoefficient, mens virksomheder hjemmehørende i en medlemsstat med en lav returkoefficient, vil få reduceret deres bud. En lignende metode anvendes af European Space Agency.<sup>125</sup>

Selvom der findes alternativer til brugen af modkøbsforpligtelser, og at antallet af forsvarsanskaffelser gennem udbudsregimet stiger, så vil art. 346, stk. 1, litra b ikke miste sin betydning inden for en nær fremtid, da bestemmelsen i sin kerne hænger ufravigeligt sammen med medlemsstaternes adgang til at opretholde og i sidste ende forsvare deres respektive eksistensgrundlag – opretholdelsen af nationalstaten.

## 9. Konklusion

*Hvad er anvendelsesområdet for TEUFs art. 346, stk. 1, litra b set i et udbudsretligt perspektiv og er Danmarks modkøbsforpligtelser i strid med EU-retten?*

Art. 346, stk. 1, litra b har været en del af traktatgrundlaget lige siden EU-samarbejdets begyndelse og er det stadig. Intet tyder på, at bestemmelsen vil forsvinde inden for den nærmeste fremtid. Bestemmelsens anvendelsesområde er dog særligt gennem de sidste 20 år gradvist blevet indskrænket, hvilket har gjort det sværere for medlemsstaterne lovligt at fravige EU-retten, når det er bekvemt for at kunne varetage nationale interesser, herunder økonomiske og erhvervsmæssige interesser. Denne indsnævring er navnlig sket gennem praksis fra EU-Domstolen, men også det tilkomne forsvarsdirektiv bevirker formentlig også et skærpet anvendelsesområde for art. 346, stk. 1, litra b.

Denne gradvise indsnævring bygger på, at bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, som kun er til brug i klart afgrænsede tilfælde. Disse klart afgrænsede tilfælde skal vedrøre våben, ammunition og krigsmateriel, som skal være nødvendige til at varetage medlemsstatens væsentlige sikkerhedsinteresser, uden at det påvirker det civile marked.

---

<sup>124</sup> Heuninckx 2018

<sup>125</sup> Heuninckx 2018 s. 16 ff.

Rådets liste fra 1958, som der henvises til i art. 346, stk. 2 oplister udtømmende de typer af våben ammunition og krigsmateriel, som foranstaltningerne skal vedrøre. Dette understreger også, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse. Omvendt kan der ikke sættes en eksakt definition på væsentlige sikkerhedsinteresser, da dette *per se* er en national definition, som kan være forskellig af hensyn til geografisk placering, landets historie eller andre nationale hensyn. Dette medlemsstatsprærogativ udhuler dog ikke art. 346, stk. 1, litra b's indskrænkende anvendelse, idet der med baggrund i navnlig domspraksis er opsat klare bevisbyrderegler. Den blotte påberåbelse af væsentlige sikkerhedsinteresser er derfor ikke alene nok, men medlemsstaten skal godtgøre, at en konkret foranstaltning varetager en konkret væsentlig sikkerhedsinteresse.

Det skærpede anvendelsesområde for art. 346, stk. 1, litra b er særligt sket gennem EU-Domstolens klarlægning af nødvendighedskravet. Det er uomtvisteligt, at nødvendighedskravet tillægger medlemsstaterne et vist skøn, idet det allerede fremgår af ordlyden. Men barren hvorudfra det skal bedømmes, om foranstaltningen har været nødvendig, er gradvist blevet hævet. Nødvendighedskravet indebærer derfor nu, at medlemsstaterne skal godtgøre, at udbudsdirektiverne ikke har kunne finde anvendelse, ligesom der ved udbudslignende processer skal være overordentlig tungtvejende grunde til at fravige centrale EU-udbudsprincipper som gennemsigtighed og ligebehandling. Der er derfor sket en ændring i den hensynsafvejning, som bestemmelsen oplister, idet EU-Domstolen med sin praksis har tillagt hensynet til harmonisering og et velfungerende marked større vægt end medlemsstaternes egeninteresser.

Anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b ved blandede anskaffelser er også gradvist blevet indskrænket, således at det reelt ikke længere er muligt at foretage en blandet anskaffelse, idet den blandede anskaffelse både subjektivt og objektivt skal bære præg af at skulle anvendes militært.

Anvendelsesområdet for art. 346, stk. 1, litra b antages også at være blevet indskrænket som følge af forsvarsdirektivets indførelse. Dette gælder dog kun ved anskaffelser, idet det med baggrund i nødvendighedsvurderingen løfter barren for, hvornår art. 346, stk. 1, litra b kan anvendes. Dette skyldes, at forsvarsdirektivet imødekommer nogle af de behov, som ordregivere ikke har kunne varetage efter det almindelige udbudsdirektiv.

Selvom anvendelsesområdet er blevet indskrænket, må det imidlertid også holdes for øje, at størstedelen af alle forsvarsanskaffelser stadig foretages efter art. 346, stk. 1, litra b og at målet mod et harmoniseret og konkurrenceligt indre marked for forsvarsanskaffelser stadig har lang vej endnu. Med baggrund i den retsdogmatiske metode kan det dermed med rimelig sikkerhed antages, at anvendelsesområdet er som ovenfor beskrevet. En ubekendt faktor i denne vurdering er imidlertid, at der ikke foreligger retspraksis efter indførelsen af forsvarsdirektivet, ligesom den reelle anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b udfordrer denne konklusion.

## **Industrisamarbejdet**

Modkøbsforpligtelser er grundlæggende i strid med EU-retten, hvilket også som udgangspunkt gør industrisamarbejdet i strid med EU-retten. Imidlertid overholder industrisamarbejdet på papiret de betingelser, som opstilles for at kunne anvende

modkøbsforpligtelser i overensstemmelse med art. 346, stk. 1, litra b. Dette speciale har dog påvist, at den faktiske anvendelse af industrisamarbejdet udfordrer overensstemmelsen med EU-retten.

Forsvarsdirektivet tilbyder ikke et reelt alternativ til industrisamarbejdet, og modkøbsforpligtelser er generelt et udbredt instrument i hele EU. En reel afskaffelse af industrisamarbejdet synes derfor heller ikke i syne, men der vil formentlig ske en ændring af de nuværende retningslinjer eller den nuværende praksis.

Specialets konklusioner på dette punkt er dog behæftet med retlig tvivl, idet denne vurdering er lavet på baggrund af navnlig Kommissionens fortolkende meddelelser, der ikke har samme retskildeværdi som praksis og love.

Både for modkøbsforpligtelser og den generelle anvendelse af art. 346, stk. 1, litra b. gælder det, at der på baggrund af den seneste udvikling på forsvarsområdet inden for EU-samarbejdet formentlig vil ske en øget harmonisering og dermed også en mindre anvendelse af bestemmelsen. Dette skyldes navnlig, at der i EU kan tydes de første tegn på et reelt forsvarssamarbejde. Samtidig bør det erkendes, at bestemmelsen ikke skal bekæmpes ved at udgrænse og forbande dens eksistens, men at bevæggrundene for anvendelsen af bestemmelsen bør omfavnes og inkorporeres, således at der stiles mod, at dens egenskaber kan anvendes i bedre overensstemmelse med EU-retten, og medlemsstaterne dermed reelt vil have et bedre alternativ til at anvende bestemmelsen.

Bestemmelsen vil derfor også for fremtiden skulle afveje hensynene til medlemsstaternes suverænitet contra hensynet til EU-retten og de forpligtelser, der deraf medfølger.

## 10. Abstract

Article 346 (1) sub-section b has been a part of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) since the founding of the EU. The article is an exemption which allows a member state to derogate from EU-law when essential security interests are at stake and the measures taken involve arms, munitions and war material. However, it can only take these measures if they are necessary and do not affect the competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes.

Referring to the article 346 (1) (b) when buying military equipment has over the years been standard procedure for the member states to prevent the application of the public procurement directives. Furthermore, member states often apply offset clauses in connection with the procurement of military equipment also by referring to art 346 (1) (b). Offset clauses obliges the contractor to buy or invest in undertakings located in the member state's country.

The aim of this master dissertation was to examine the scope of application of article 346 (1), litra b. The emphasis has been laid on the application of the article in the scope of the public procurement directives *inter alia* the Defence and Security Directive 2009/81. Furthermore, the aim of the paper was to examine whether the Danish offset clauses (*Industrisamarbejdet*) complied with EU-law.

To highlight the scope of application of art. 346 (1) (b) case law mainly from European Court of Justice (ECJ) was analysed and reviewed. Accordingly, the public procurement directives were also a source of law which have been used. To interpret the scope of application of the article the Commission's Guidance Notices and Communiqués were also examined. However, it was taken into consideration that these are not traditionally sources of law. The examination of the Danish offset clauses was based on the Danish guidelines of the application of offset clauses.

The paper finds that the scope of application of art. 346 (1) (b). is a consideration of the interests of a common market contra the national interests of a member state. According to case law from ECJ this consideration has gradually improved in favour of the consideration of the common market. Consequently, member states should be able to prove the exact essential security interests safeguarded by the application of article 346 (1) litra b. Furthermore, a member state should be able to prove that the measure taken could not have been taken by following on of the public procurement directives. A derogation from the EU-principles *inter alia* equal treatment and transparency are only allowed in exceptional cases. However, the actual use of the art. 346 (1) litra b when buying military equipment shows that the reality differ from the scope of application according to law.

With regards to the Danish offset clauses the paper finds that the guidelines as described are compliant with EU-law and the application of art. 346 (1) (b). However, the paper concludes that the Danish offset clauses due to their actual application in almost every procurement with a value above DKK 100 million challenge the compliance with EU-law. This conclusion is however not bulletproof as there are no case law regarding the use of offset clauses. The conclusion is therefore based on the communiqués from the Commission.

Finally, the master dissertation predicts and suggest the future application of article 346 (1) litra b. Based on the trend of a more cooperative EU in the fields of defence a narrower application of art. 346 (1) litra b is likely in the future. However, the features of the article should be embraced instead of cursed with the aim to make the features more compliant with EU-law and in harmony with EU-principles as equal treatment and transparency.

# 11. Litteraturliste

## 11.1. Lovgivning

Traktat om den Europæiske Unions funktionsmåde – EFT C 202 af 7.6.2016 (TEUF)

Traktat om Den Europæiske Union - EFT C 202 af 7.6.2016 (TEU)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (forsvarsdirektivet)

Romtraktaten af 1957 – Traktat om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab(EØF-Traktaten)

Paris-traktaten fra 1951 om oprettelsen af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (ESKF)

Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

LTB nr. 2 af 29/12/2017 Gældende (Finansloven 2017)

Traktat om Den Europæiske Union 92/C 191/01 (Maastricht-traktaten)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Lov om klagenævnet for udbud ved lovbekendtgørelse nr. 593 af 02/06/2016(klagenævnsloven)

Bekendtgørelse nr. 892 af 17/08/201, som implementerer forsvarsdirektivet(forsvarsdirektivsbekendtgørelsen)

## 11.2. Forarbejder



### **11.3. Retspraksis**

C-243/89 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Danmark.  
(Storebæltssagen)

C-810/79 - Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. (Überschär)

C-92/00 - Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien.

C-11/70 - Internationale Handelsgesellschaft mbH mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

C-337/05 - Kommissionen mod Italien.

C-328/92 - Kommissionen mod Spanien.

C-157/06 - Kommissionen mod Italien.

C-461/05 - Europa-Kommissionen mod Danmark.

C-615/10 - Insinööritoimisto InsTiimi Oy.

C-239/06 - Europa-Kommissionen mod Italien.

C-83/94 - Straffesag mod Peter Leifer m.fl

C-273/97 - Angela Maria Sirdar mod The Army Board og Secretary of State for Defence.

C-285/98 - Tanja Kreil mod Tyskland.

C-54/99 - Association Eglise de scientologie de Paris og Scientology International Reserves Trust mod Premier ministre.

C-36/02 - Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH mod Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

C-284/05 - Europa-Kommissionen mod Finland.

C-294/05 - Europa-Kommissionen mod Sverige.

C-372/05 - Europa-Kommissionen mod Tyskland.

C-387/05 - Europa-Kommissionen mod Italien.

C-409/05 - Europa-Kommissionen mod Grækenland.

C-38/06 - Europa-Kommissionen mod Portugal.

C-454/06 – Pressetext

C-222/84 - Marguerite Johnston mod Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary.

T-26/01 - Fiocchi munizioni SpA mod Kommissionen.

C-310/08 - London Borough of Harrow mod Nimco Hassan Ibrahim og Secretary of State for the Home Department.

C-414/97 - Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Spanien.

C-33/88 - Pilar Allué og Carmel Mary Coonan mod Università degli studi di Venezia.

C-413/17 - Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas

C-178/94 - Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula og Trosten Knor mod Tyskland.

T-345/03 - Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mod Kommissionen.

Kendelsen fra Klagenævnet for Udbud fra d. 20. December 2013 AgustaWestland mod Forsvarets Materieltjeneste.

2003/45/EC - Kommissionens beslutning af 5. juni 2002 om Nederlandenes foranstaltninger til omstrukturering og privatisering af Koninklijke Schelde Groep

2005/173/EC - Kommissionens beslutning af 12. maj 2004 om Spaniens statsstøtte til fordel for en yderligere omstrukturering af den spanske skibsbygningsindustri Statsstøttesag C 40/00.

og 2005/652/EC - Kommissionens beslutning af 20. oktober 2004 om statsstøtte C 38/03 ekstra omstrukturingsstøtte til de statsejede skibsværfter i Spanien

#### **11.4. Bøger**

Engsig Sørensen, Karsten. Runge Nielsen, Poul. Hartig Danielsen, Jens. EU Retten. 2014, 6. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Engsig Sørensen mfl. 2014)

Hagel-Sørensen, Karsten(red.). Aktuel Udbudsret II. 2016, 1. Udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Hagel-Sørensen 2016)

Hirsbrunner, Dr. Jan Peter Hix Simon. Van Vormizeele, dr. Phillip Voet. Europäisches Unionsrecht. 2015, 7. Udgave. Nomos. (Hirsbrunner mfl. 2015)

Munk-Hansen, Carsten. Retsvidenskabsteori. 2014, 1. Udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Munk-Hansen 2014)

Riis, Thomas & Trzaskowski, Jan(red.). Skriftlig jura - den juridiske fremstilling. 2013, 1. udgave. Ex tuto Publishing. (Riis & Trzaskowski 2013)

Risvig Hamer, Carina. Grundlæggende Udbudsret. 2016, 1. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.( Risvig Hamer 2016)

Streinz, Dr. Rudolf. EUV/AEUV. 2018, 3. Udgave. C.H. BECK ( Streinz 2018)

### **11.5. Artikler**

Fenger, Niels. Forarbejders retskildeværdi i EU-retten. U.2014B.293.

Fenger, Niels. EU-rettens proportionalitetsprincip. U.2014B.227.

Heuinckx, Dr. Baudouin. 346, the number of the beast? A blueprint for the protection of essential security interests in EU defence procurement. Public Procurement Law Review, 2018, 2, 51-74.( Heuinckx 2018)

Heuinckx, Dr. Baudouin. Security of supply and offsets in defence procurement: what's new in the EU? Public Procurement Law Review, 2014, 2, 33-49. (Heuinckx 2014)

### **11.6. Vejledninger og rapporter**

Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security - Guidance Note - Security of Supply (Guidance Note – Security of Supply)

Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security - Guidance Note

Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security - Guidance Note – Offsets (Guidance Note – Offsets)

Fortolkende meddelelse om anvendelse af EF-traktatens artikel 296 på offentlige indkøb af forsvarsmateriel /\* KOM/2006/0779 endelig udg. \*/

COM(2016) 762 - Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security.( Implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen)

SWD(2016) 407 - Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security (Kommissionens arbejdsdokument til implementeringsrapport fra 2016 af forsvarsdirektiv 2009/81 fra Kommissionen )

Kommissionens Grønbog fra 1996 Offentlige indkøb i EU

## 11.7. Links

<https://www.bis.doc.gov/index.php/forms-documents/pdfs/1449-final-20th-offsets-in-defense-trade-report-public-report/file> - Offsets in Defense Trade Twentieth Study.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-357\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-357_en.htm) - Pressemeddelelse om åbningsskrivelse mod Danmark.

<https://kammeradvokaten.dk/media/6640/dom.pdf> - udbudsbetingelserne ved indkøbet af de nye kampfly.

<https://www.alinget.dk/forsvar/artikel/10805> - Artikel om det tidligere industrisamarbejde

<http://www.oes-cs.dk/bevillingslove/doctopic?book=BEVPUBL.FL17&topic=12.13.04&searchtype=3> – Finansloven 2017

<https://www.alinget.dk/forsvar/artikel/jarlov-modkoeb-er-usundt> - Artikel om industrisamarbejdet med interview fra Rasmus Jarlov

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/commissariaat-militaire-productie/documenten/rapporten/2017/12/21/rapportage-industrieel-participatiebeleid-2015-2016> - Det Hollandske Industrisamarbejde

[https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/aarsberetning-2013\\_o.pdf](https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/aarsberetning-2013_o.pdf) - Klagenævnet for Udbuds Årsberetning 2013

[https://www.regeringen.dk/media/5907/udenrigs\\_sikkerhed\\_dk.pdf](https://www.regeringen.dk/media/5907/udenrigs_sikkerhed_dk.pdf) - Regeringens udenrigs- og sikkerhedsstrategi

<https://www.zeit.de/politik/ausland/2018-11/angela-merkel-eu-parlament-jean-claude-juncker-europa> – Artikel om PESCO

[https://cdn3-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/uIHDealCWppaZmZmvAhZ1opPvNITj4NWbAJNJ6skkK8/mtime:1542657275/sites/eeas/files/pesco\\_factsheet\\_november\\_2018.pdf](https://cdn3-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/uIHDealCWppaZmZmvAhZ1opPvNITj4NWbAJNJ6skkK8/mtime:1542657275/sites/eeas/files/pesco_factsheet_november_2018.pdf) - Faktablad om PESCO

<https://erhvervsstyrelsen.dk/grundlag-o> - Retningslinjer for industrisamarbejdet