



Anvendelsesområdet for artikel 346 TEUF



1 Indledning og opdrag

Danske Maritime har bedt os om at redegøre for muligheden for med hjemmel i artikel 346 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF") at undtage visse offentlige kontrakter fra de EU-retlige udbudsregler. Redegørelsen tager udgangspunkt i en medlemsstats indkøb, ombygning og vedligeholdelse af flådefartøjer til sit søværn.

Flere af Danske Maritimes medlemmer er i den sammenhæng leverandører til det danske forsvar. Dette gælder navnlig værfterne Orskov Yard A/S (Frederikshavn), Fayard A/S (Munkebo) og Karstensens Skibsværft A/S (Skagen).

2 Konklusion

En medlemsstat kan anvende artikel 346 TEUF til at undtage offentlige kontrakter fra udbud, når der er tale om indkøb, ombygning eller vedligeholdelse af materiel, der er designet og udviklet til militære formål. Denne konklusion ændres ikke af, at det pågældende materiel også kan anvendes til civile formål.

For at undgå at anvendelsen af artikel 346 TEUF misbruges til at tildele skjult statsstøtte til skibsbygningsindustrien, bør indkøbet ske på en måde, der begrænser risikoen for krydssubsidiering. Krydssubsidiering kan for eksempel undgås ved, at kontrakten konkurrenceudsættes mellem mindst to skibsværfter. Udbud mellem to eller flere bydere vil indebære et konkurrencemæssigt pres, som medfører, at indkøbet sker til markedspris. Herved undgås, at en virksomhed kan krydssubsidiere en unaturlig høj avance på levering, ombygning og vedligeholdelse af flådefartøjer til at underbyde andre virksomheder på markedet for ikke-forsvarsrelaterede køb. Krydssubsidiering kan også undgås ved tage udgangspunkt i skibsværftets produktionsomkostninger og gøre vederlaget til en funktion af omkostningerne. Herved undgås også en uforholdsmæssig stor avance.

Medlemsstatens beslutning om at anvende artikel 346 TEUF til at undlade udbud efter EU-reglerne skal være begrundet i nationale sikkerhedsinteresser. De enkelte medlemsstater er overladt en betydelig skønsmargin i vurderingen af, om dette er tilfældet. Det er vores opfattelse, at indkøb, ombygning og vedligeholdelse af eksempelvis flådefartøjer i dansk kontekst vil være forbundet med sådanne sikkerhedsinteresser, at artikel 346 TEUF kan anvendes. Dette skyldes, at iværksættelse af udbudsprocesser efter EU's udbudsregler indebærer risiko for, at kumuleret viden og kompetencer om det danske søværns særlige behov spredes vilkårligt. Ud fra et leverings- og forsyningssikkerhedssynspunkt egner indkøb, ombygning og vedligeholdelsen af flådefartøjer sig derfor ikke til de formelle indkøbsprocedurer under EU's udbudsregler. Det må i hvert fald ligge klart inden for Danmarks skønsmargin i relation til vurdering af sikkerhedsinteresser at anse det for sikkerhedsmæssigt nødvendigt at indkøbe, ombygge og få vedligeholdt flådefartøjer uden at anvende EU's udbudsregler.

3 Udbudsreglerne og artikel 346 TEUF

Artikel 346 i TEUF, der er begrundet i medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsmæssige interesser, indebærer, at visse offentlige kontrakter falder helt uden for EUF-Traktatens anvendelsesområde herunder EU's udbudsregler. Bestemmelsens stk. 1, litra a og b har følgende ordlyd:

"1. Traktaternes bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:



a) ingen medlemsstat er forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser

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.”

4 Anvendelsesområdet for artikel 346 TEUF

For at forhindre at artikel 346 TEUF misbruges af medlemsstater til at tildele skjult statsstøtte til skibsbygningsindustrien, har EU-Domstolen gennem sin retspraksis vedrørende artikel 346 TEUF opstillet nogle nærmere betingelser for anvendelsen af bestemmelsen. Det følger af seneste praksis, at der tages udgangspunkt i forhold, som vedrører varernes og kontraktens karakter, og hvor proportionalitet- og nødvendighedsbetragtninger inddrages. Anvendelsen af artikel 346 TEUF tager derfor afsæt i følgende:

- 1) Der skal være tale om fabrikation af eller handel med visse produkter til militært brug, der er omfattet af listen af 15. april 1958, som der henvises til i artikel 346 TEUF.
- 2) Produkterne skal specifikt være tiltænkt militære formål.
- 3) Der må ikke ske en forringelse af konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt til et militært formål.
- 4) Foranstaltningerne, der kræves undtaget efter artikel 346 TEUF skal være nødvendige for beskyttelse af sikkerhedsinteresser, og sikkerhedsinteresserne må ikke kunne beskyttes tilstrækkeligt gennem mindre indgribende foranstaltninger (proportionalitetskravet).

De fire forhold er gennemgået nedenfor.

4.1 Produkter omfattet af listen af 15. april 1958

Listen nævnt i artikel 346(2), litra b TEUF omfatter blandt andet ”krigsskibe af enhver slags” og ”deres specielle udstyr”.¹

Det er derfor formentlig en forudsætning for opfyldelse af denne betingelse, at der i denne sammenhæng er tale om et flådefartøj. Fartøjerne skal således kunne løse opgaver med militære formål. Såfremt materiellet, herunder flådefartøjer, kan anvendes til militære såvel som civile formål, vil betingelsen dog stadigvæk være opfyldt, jf. afsnit 4.2 umiddelbart nedenfor.

Da spørgsmålet i dette notat vedrører en medlemsstats indkøb, ombygning og vedligeholdelse af flådefartøjer til eget søværn, er denne betingelse opfyldt.

¹ Jf. listen af 15. april 1958, som der henvises til i artikel 346 TEUF, se svar af 27. september 2001, punkt 9 (a)



Side 4

4.2 Produkterne skal specifikt være tiltænkt militære formål

Flåde fartøjerne skal være egnede til militære formål. Artikel 346 TEUF kan ikke anvendes i forbindelse med indkøb af materiel, der primært har et civilt formål.² Muligheden for begrænset civil brug udelukker dog ikke anvendelsen af artikel 346 TEUF, såfremt flåde fartøjerne er designet og udviklet eksklusivt til benyttelse som flåde fartøjer. EU-Domstolen udtalte således følgende i Finnish Turntable sagen – sag C-615/10, præmis 46:

”Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 10 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 296, stk. 1, litra b), EF, skal fortolkes således, at den kun tillader en medlemsstat fra de i nævnte direktiv fastsatte fremgangsmåder at unddrage en af en ordregivende myndighed på forsvarsområdet indgået offentlig kontrakt om indkøb af et materiel, der, selv om det er bestemt specielt til militære formål, også fremviser i det væsentlige tilsvarende civile anvendelsesmuligheder, hvis dette materiel i kraft af sine særlige kendetegn kan anses for særligt designet og udviklet, herunder som følge af væsentlige ændringer, til sådanne formål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.” (understregning foretaget)

Flåde fartøjer falder derfor ind under anvendelsesområdet for artikel 346(1) litra b) TEUF.

4.3 Forringelse af konkurrencevilkårene inden for det indre marked

Indkøb, ombygning og vedligeholdelse af flåde fartøjer må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt til et militært formål. Ved indkøb mv. uden iagttagelse af udbudsreglerne kan der potentielt opstå risiko for, at en virksomhed som følge af en direkte tildeling opnår en uforholdsmæssig stor avance, som virksomheden kan anvende til at dække omkostninger i forbindelse med bud på civile indkøb (krydssubsidiering).

Der er imidlertid flere måder, hvorpå risikoen for krydssubsidiering kan undgås.

For eksempel kan krydssubsidiering undgås, såfremt indkøbet konkurrenceudsættes – og hvor der således i hvert fald er tale om to virksomheder, der konkurrerer om ordren. Herved opstår der et konkurrencemæssigt pres blandt byderne, hvilket er egnet til at sikre, at indkøbet sker til markedspris. Der opstår herefter ingen unaturlig høj avance, som kan krydssubsidiere virksomhedens bud ved civile indkøb. Der kan derfor sagtens ske konkurrenceudsættelse blandt et begrænset antal bydere – og dermed opnås indkøb til markedspris – uden at de formelle procedurer for EU-udbud følges. I relation til indkøb mv. af flåde fartøjer til det danske søværn, vil konkurrenceudsættelse kunne ske blandt i hvert fald tre værfter: Orskov Yard A/S (Frederikshavn), Fayard A/S (Munkebo) og Karstensens Skibsværft A/S (Skagen).

En anden mulighed for at forhindre en uforholdsmæssig stor avance er, at leverandøren i form af skibsværftet giver Søværnet indsigt i virksomhedens økonomiske forhold i relation til produktions- og serviceomkostninger, og at prisen dernæst beregnes som en funktion af omkostningerne. Dermed vil Søværnet kunne sikre sig, at skibsværftet ikke oppebærer en uforholdsmæssig stor avance med følgende risiko for krydssubsidiering.

² EU-Domstolens dom af 8. april 2008 i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien



Side 5

Denne betingelse, om at der ikke må ske skævvridning af konkurrencevilkårene på civile markeder, er derfor også opfyldt.

4.4 Proportionalitetskriteriet

Det fremgår af art 346(1), litra b, at hver medlemsstat selv kan vurdere om der er tale om ”beskyttelse af væsentlige sikkerhedsinteresser”.

Det er derfor vigtigt at understrege, at der tilkommer medlemsstaterne et betydeligt skøn i vurderingen af, hvad der er nødvendigt og forholdsmæssigt i relation til varetagelsen af medlemsstatens sikkerhedsinteresser.

Dette bekræftes også af litteraturen:

“In doing so, member states have first to identify the ‘essential security interests’ they intend to protect. And here they do, in fact, enjoy a margin of discretion: neither the Commission, nor the Court of Justice, nor national courts would second-guess the member states’ choices in identifying their security interests or in qualifying them as essential. And any review would probably be limited to a plausibility test.”³

I relation til Danmarks søværns indkøb, ombygning og vedligeholdelse af flådefartøjer kan der identificeres flere forhold, der gør det sagligt begrundet ud fra sikkerhedshensyn inden for Danmarks skønsmargin at anvende artikel 346 TEUF.

Søværnet er særligt vigtigt for Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser, da Danmark har en lang kystlinje, en voksende arktisk dimension og en stor handelsflåde. Søværnets krigsskibe anses for værende et af de mest effektive og nødvendige instrumenter, som Danmark har til forsvar af landets kystlinjegrænser. Operationer, der sikrer Danmarks suverænitet samt forebyggelsen- og bekæmpelsen af terror sker, på grund af Danmarks lange kystlinje, oftest ved benyttelsen af flådefartøjer. Hertil kommer, at Danmark er underlagt internationale forpligtelser, der indebærer, at Danmark skal give andre nationers krigsskibe ret til gennemsejling af danske stræder.⁴

Det er væsentligt for Danmarks sikkerhedsinteresser, at viden om det danske søværns behov i forhold til konstruktion, ombygning og vedligeholdelse af skibe og materiel konsolideres og bibeholdes i Danmark. På den måde kan Danmark sikre nødvendig viden, som i tilfælde af konflikt- og krigssituationer vil være af øverste sikkerhedsmæssige prioritet. Såfremt Danmark ikke er i stand til at bibeholde denne viden, kan landet risikere at være afhængig af levering eller vedligeholdelse af et flådefartøj fra en virksomhed, der befinder sig i – og dermed må antages at have større loyalitet over for – en anden medlemsstat. I den situation kan det ikke udelukkes, at der vil være risiko for, at leveringen til Danmark kan forsinkes, tilbageholdes eller i øvrigt nedprioriteres med konsekvenser for Danmark. Ud fra et leverings- og forsyningssikkerhedssynspunkt egner bygningen- og vedligeholdelsen af flådefartøjer sig derfor ikke til de formelle indkøbsprocedurer under EU’s udbudsregler.

³ Vincenzo Randazzo: “Article 346 and the qualified application of EU law to defence”, Brief Issue, July 2014, European Union Institute for Security Studies

⁴ Københavnstraktaten af 1857



Side 6

Iværksættelse af egentlige udbudsprocesser efter EU's udbudsregler indebærer med andre ord risiko for, at kumuleret viden og kompetencer om Danmarks konkrete behov spredes vilkårligt. Dette skyldes også, at der ved egentligt udbud i udgangspunktet alene kan konkurreres på laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket ikke tager behørigt hensyn til behovet for at opretholde kumuleret viden og kompetencer i Danmark. Danmarks legitime interesse i at kunne opretholde denne viden indebærer, at fravigelse af de formelle udbudsprocedurer også af den grund vil være sagligt begrundet. Navnlig ombygningen og vedligeholdelsen af flåde fartøjer må anses for at være af høj kompleksitet, som skal skræddersys til særlige danske behov. Utilstrækkelig viden herom kan derfor have alvorlige følger i fremtidige konflikt- og krigssituationer.

At Danmark i relation til krigsmateriel har mulighed for at varetage særlige sikkerhedshensyn er blandt andet også afspejlet i lov om krigsmateriel. Det fremgår således af lovens § 3, at justitsministeriet skal give tilladelse, hvis ejer- eller ledelsesforholdene m.v. i en virksomhed, der fremstiller krigsmateriel, har en for begrænset tilknytning til Danmark.

Af ovennævnte grunde er det vores vurdering, at det klart ligger inden for Danmarks skønsmargin at anse det for sikkerhedsmæssigt nødvendigt at indkøbe, ombygge og få vedligeholdt flåde fartøjer uden at anvende EU's udbudsregler.

Dermed er den fjerde betingelse om proportionalitet også opfyldt.

4.5 Sammenfatning

En medlemsstats indkøb, ombygning og vedligeholdelse af flåde fartøjer mv. til sit søværn falder inden for artikel 346 TEUF. Dette indebærer, at der ikke er krav om at følge procedurerne i EU's udbudsdirektiver.

Anvendelse af artikel 346 TEUF forudsætter, at der er tale om materiel, der er designet og udviklet til militære formål, hvilket utvivlsomt er tilfældet i relation til flåde fartøjer. Denne konklusion ændres ikke af, at det pågældende materiel også kan anvendes til civile formål.

Det er også en betingelse, at risikoen for krydssubsidiering som følge af en uforholdsmæssig høj avance undgås. Dette kan for eksempel undgås ved at konkurrenceudsætte kontrakten blandt mindst to skibsværfter eller ved at beregne kontraktprisen som en funktion af skibsværftets produktions- og serviceomkostninger. I relation til indkøb mv. af flåde fartøjer til det danske søværn vil konkurrenceudsættelse kunne ske blandt i hvert fald tre værfter: Orskov Yard A/S (Frederikshavn), Fayard A/S (Munkebo) og Karstensens Skibsværft A/S (Skagen) og dermed undgås risiko for krydssubsidiering.

At artikel 346 TEUF finder anvendelse ved indkøb mv. af flåde fartøjer tiltrædes blandt andet af UK, der ligesom Danmark har en lang kystlinje. Efter UK's opfattelse hører bygningen- og vedligeholdelsen af flåde fartøjer under en stats væsentlige sikkerhedsinteresser og kan således undtages EU's udbudsregler efter artikel 346 TEUF. Scottish Affairs Committee udtalte således følgende i doku-



Side 7

mentet ”The Referendum on Separation for Scotland: Separation shuts shipyards” af 20. Januar 2013, punkt. 18 og 19:⁵

” 18. The UK has consistently built its own warships. It wants to retain the capability to design, build and maintain such warships in this country, keep the skills and industry to do so, maintain freedom of action over its own navy, and because of the sensitivities around some of the equipment involved.

19. EU law requires major procurement contracts to be offered for open competition. Member states can use various exemptions to place contracts with preferred suppliers. One such exemption, Article 346, allows countries to exempt defence procurement on the grounds of national security. The UK has consistently excluded the construction of complex warships from open competition using Article 346. If Scotland was a separate country, then the Ministry of Defence could not use Article 346 to favour shipyards in Scotland because they would no longer be within the UK.

Det er i øvrigt Gorrissen Federspiels erfaring, at det blandt medlemsstaterne er ganske sædvanlig praksis, at artikel 346 TEUF anvendes til at undtage sådanne offentlige kontrakter om indkøb, ombygning og vedligeholdelse fra EU's udbudsregler.

---000---

København, den 3. februar 2015

Peter Appel og Jens V. Mathiasen

⁵ Udtalelsen fra Scottish Affairs Committee er tilgængelig via dette link:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cm Scotaf/892/89205.htm>