

NL

NL

NL



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 7.12.2006
COM(2006) 779 definitief

INTERPRETATIEVE MEDEDELING

**over de toepassing van artikel 296 van het Verdrag voor
overheidsopdrachten op defensiegebied**

(door de Commissie ingediend)

{SEC(2006) 1554}
{SEC(2006) 1555}

INTERPRETATIEVE MEDEDELING

over de toepassing van artikel 296 van het Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied

(Voor de EER relevante tekst)

Inleiding

Overheidsopdrachten op defensiegebied vertegenwoordigen een aanzienlijk deel van de overheidsopdrachten in de Europese Unie. De defensiebegrotingen van de lidstaten bedragen in totaal ongeveer 170 miljard euro, waarvan meer dan 80 miljard euro wordt besteed aan overheidsopdrachten.

De meeste van deze uitgaven worden verdeeld over relatief kleine en gesloten nationale markten. De Europese defensiesector blijft versnipperd op nationaal niveau, met 25 verschillende afnemers en 25 verschillende regelgevingskaders. Dit vormt een belangrijk obstakel voor de intra-Europese samenwerking en concurrentie. De versnippering leidt tot extra kosten en ondoelmatigheid en heeft daarmee een negatieve invloed op de concurrentiepositie van de Europese industriële en technologische defensiebasis en op de inspanningen van de lidstaten om hun legers naar behoren uit te rusten.

De wetgeving inzake overheidsopdrachten op defensiegebied is een belangrijke factor in deze versnippering. Het grootste gedeelte van de defensiecontracten is vrijgesteld van de regels van de interne markt. Zij worden gegund op basis van nationale regels voor overheidsopdrachten, die onderling grote verschillen vertonen wat betreft de selectiecriteria, de procedures voor de bekendmaking van overheidsopdrachten enz. Bovendien bestaan er grote verschillen in de publicatiepercentages van de ministeries van Defensie van de lidstaten. Dit alles beperkt de toegankelijkheid van de markt voor niet-nationale leveranciers en belemmert daardoor de intra-Europese concurrentie.

Daarom heeft de Commissie in haar mededeling van maart 2003¹ de wetgeving inzake overheidsopdrachten aangewezen als een van de speerpunten voor de tot stand te brengen Europese markt voor defensiemateriaal (European Defence Equipment Market – EDEM). Dit heeft geleid tot de publicatie in september 2004 van een Groenboek over overheidsopdrachten op defensiegebied², waarin de belanghebbenden werden uitgenodigd om commentaar te leveren op de diverse mogelijkheden voor de verbetering van de transparantie en openheid van de defensiemarkten tussen EU-lidstaten. Met deze raadpleging werd bevestigd dat het bestaande wettelijke kader voor overheidsopdrachten op defensiegebied niet goed functioneert:

- er blijft onzekerheid bestaan over het toepassingsgebied van artikel 296 van het EG-Verdrag, waardoor de lidstaten kunnen afwijken van de internemarktregels als het gaat om hun wezenlijke veiligheidsbelangen. Omdat de scheidslijn tussen op wezenlijke

¹ COM(2003) 113 van 11 maart 2003.

² COM(2004) 608 van 23 september 2004.

veiligheidsbelangen betrekking hebbende overheidsopdrachten op defensiegebied en niet op wezenlijke veiligheidsbelangen betrekking hebbende overheidsopdrachten op defensiegebied vaag is, is het niet altijd duidelijk welke regels op welke contracten moeten worden toegepast. Daarom blijft de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag voor problemen zorgen en blijven er tevens grote verschillen bestaan in de toepassing tussen de lidstaten;

- de huidige Richtlijn Overheidsopdrachten wordt zelfs in haar herziene versie (Richtlijn 2004/18/EG) voor vele defensiecontracten niet geschikt geacht, omdat in deze richtlijn geen rekening wordt gehouden met een aantal specifieke kenmerken van dergelijke contracten. Daarom staan veel lidstaten weigerachtig tegenover de toepassing van de Richtlijn Overheidsopdrachten op defensiemateriaal, ook als niet aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag wordt voldaan.

Op grond van deze bevindingen heeft de Commissie in december 2005 de volgende twee initiatieven aangekondigd om de situatie te verbeteren³:

- (1) het aannemen een "interpretatieve mededeling over de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied". Deze mededeling brengt geen wijzigingen in het bestaande wettelijke kader aan, maar strekt tot de verduidelijking ervan;
- (2) het opstellen van een eventuele nieuwe richtlijn op het gebied van overheidsopdrachten op defensiegebied waarop de vrijstellingsmogelijkheden van artikel 296 van het EG-Verdrag niet van toepassing zijn. Deze richtlijn zou nieuwe, soepelere regels moeten bevatten, die toegesneden zijn op de specifieke kenmerken van de defensiesector.

Doel van de voorliggende mededeling is een mogelijke verkeerde interpretatie en een eventueel misbruik van artikel 296 van het EG-Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied te voorkomen. Om dit doel te bereiken, zal de Commissie haar standpunt ten aanzien van de regels voor de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag uiteenzetten en haar interpretatie geven van de voorwaarden voor de vrijstellingsregeling in het licht van de jurisprudentie van het Hof. Het laatste woord over het vaststellen van het toepassingsgebied van artikel 296 van het EG-Verdrag is aan het Europese Hof van Justitie.

In deze mededeling kan geen interpretatie worden gegeven van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaten en evenmin kan ex ante worden aangegeven op welke contracten de vrijstellingsmogelijkheden van artikel 296 van het EG-Verdrag toepasbaar zijn of niet. De mededeling geeft veeleer een aantal richtsnoeren aan de aanbestedende diensten, zodat zij kunnen bepalen of het gebruik van de vrijstellingsregeling gerechtvaardigd is.

Verduidelijking van het huidige wettelijke kader is een noodzakelijke eerste stap naar grotere openheid van de Europese defensiemarkten. Tegelijkertijd is de Commissie de gevolgen van een eventuele nieuwe, speciaal voor defensie opgestelde richtlijn aan het beoordelen. Een combinatie van de voorliggende mededeling en een dergelijke richtlijn is waarschijnlijk de meest geschikte benadering om op Europees niveau de moeilijkheden met betrekking tot de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag op te lossen. Deze initiatieven vormen een

³ COM(2005) 626 van 6 december 2005.

aanvulling op de inspanningen van de lidstaten om de intra-Europese concurrentie op het gebied van onder artikel 296 van het EG-Verdrag vallend defensiemateriaal via de gedragscode van het Europees Defensieagentschap te versterken.

Deze mededeling betreft alleen de overheidsopdrachten op defensiegebied van nationale autoriteiten binnen de Europese interne markt. De mededeling heeft geen betrekking op wapenhandel met derde landen, die onderworpen blijft aan de regelgeving van de WTO, en in het bijzonder aan de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (Government Procurement Agreement – GPA)⁴.

1. RECHTSGRONDSLAG

Krachtens de bestaande EU-wetgeving vallen defensiecontracten onder de regels van de interne markt. Dit heeft tot gevolg dat Richtlijn 2004/18/EG⁵ betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten betrekking heeft op *"overheidsopdrachten die door aanbestedende diensten op het gebied van defensie worden geplaatst, onverminderd artikel 296 van het Verdrag"* (artikel 10 van de richtlijn).

Artikel 296 van het EG-Verdrag luidt als volgt:

- (1) *De bepalingen van dit Verdrag vormen geen beletsel voor de volgende regels:*
 - (a) *geen enkele lidstaat is gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verspreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid;*
 - (b) *elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.*
- (2) *De Raad kan met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie wijzigingen aanbrengen in de lijst van de producten waarop de bepalingen van lid 1, onder b), van toepassing zijn, die hij op 15 april 1958 heeft vastgesteld.*

De vrijstelling van defensiecontracten van de regels van de interne markt. is een maatregel die verband houdt met de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal. De rechtsgrondslag van deze maatregel wordt gevormd door artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag. De lidstaten kunnen van deze vrijstelling gebruik maken om defensiecontracten te gunnen, mits

⁴ In artikel XXIII, lid 1, van de GPA is bepaald dat *"er niets ondernomen mag worden om te verhinderen dat een partij actie onderneemt of informatie achterhoudt in verband met de aankoop van wapens, munitie of oorlogsmateriaal of met aankopen die noodzakelijk zijn voor de nationale veiligheid of defensie, als deze partij dat noodzakelijk vindt voor de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen"* Aansluitend op deze bepaling bevat bijlage 1, deel 3 van aanhangsel 1 van de GPA een lijst van door de ministeries van Defensie aangekochte goederen en materialen die onder de GPA vallen. Deze lijst bevat alleen niet-oorlogsmateriaal.

⁵ Richtlijn 2004/18/EG van het Europese Parlement en van de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

voldaan is aan de Verdragsvoorwaarden zoals deze door het Hof van Justitie zijn uitgelegd. Het toepassingsgebied van artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag wordt tevens beperkt door het begrip "wezenlijke veiligheidsbelangen" en de lijst van militair materiaal die in lid 2 van het desbetreffende artikel wordt genoemd.

Artikel 296, lid 1, onder a), van het EG-Verdrag betreft niet alleen defensie, maar is in het algemeen gericht op de bescherming van informatie die de lidstaten niet openbaar kunnen maken zonder hun wezenlijke veiligheidsbelangen in gevaar te brengen. Het kan hierbij ook gaan om overheidsaankopen van gevoelig materiaal voor zowel de defensie- als de veiligheidssector. In het algemeen wordt echter de vertrouwelijkheid bij de aankoop van militair materiaal beschermd door artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag.

2. VEILIGHEIDSBELANGEN EN VERDRAGSVERPLICHTINGEN

Het is de verantwoordelijkheid van de lidstaten om hun veiligheidsbelangen te definiëren en te beschermen. Artikel 296 van het EG-Verdrag erkent dit prerogatief en voorziet in vrijstelling voor gevallen waarin het naleven van de Europese wetgeving de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaten in gevaar zou kunnen brengen.

Het beroep op artikel 296 van het EG-Verdrag voor het plaatsen van overheidsopdrachten op defensiegebied heeft echter tot gevolg dat Richtlijn 2004/18/EC niet wordt toegepast. Deze richtlijn is het wettelijke instrument dat bedoeld is als waarborg voor het naleven van de grondbeginselen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging op het gebied van overheidsopdrachten (de artikelen 28, 43 en 49 van het EG-Verdrag). De voorschriften van deze richtlijn zijn een verwoording van de grondbeginselen en doelstellingen van de interne markt. Iedere vrijstelling op grond van artikel 296 van het EG-Verdrag raakt derhalve aan de kern van de Europese Unie en is daardoor in wettelijk en politiek opzicht een ernstige zaak.

Het Verdrag bevat daarom strikte voorwaarden voor het gebruik van deze vrijstelling, waarbij de belangen van de lidstaten op het gebied van defensie en veiligheid moeten worden afgewogen tegen de grondbeginselen en doelstellingen van de EU. Doel van deze voorwaarden is een foutgebruik te voorkomen en te waarborgen dat vrijstelling een uitzondering blijft en beperkt wordt tot gevallen waarin lidstaten geen andere keuze hebben dan op nationaal niveau hun veiligheidsbelangen te beschermen.

Het Hof van Justitie heeft op consequente wijze duidelijk gemaakt dat elke afwijking van de regels die de doeltreffendheid van de door het Verdrag erkende rechten beogen te verzekeren, strikt moet worden uitgelegd⁶. Bovendien heeft het Hof bevestigd dat dit ook geldt voor vrijstellingen die toepasbaar zijn in "*situaties waarin de openbare veiligheid op het spel kan staan*". In de zaak *Commissie tegen Spanje* heeft het Hof voor recht verklaard dat de artikelen waarin het Verdrag zulke vrijstellingen toestaat (inclusief artikel 296 van het EG-Verdrag) bedoeld zijn voor "*nauwkeurig omschreven uitzonderingsgevallen. Wegens hun beperkte karakter lenen die bepalingen zich niet voor een extensieve uitlegging*"⁷.

⁶ Arrest van 4 oktober 1991 in zaak C-367/89, *Richardt en Les Accessoires Scientifiques*, punt 20; voor overheidsuitgaven in het bijzonder: arrest van 3 mei 1994 in zaak C-328/92, *Commissie tegen Spanje*, punt 15; arrest van 28 maart 1995 in zaak C-324/93, *Evans Medical en Macfarlan Smith*, punt 48.

⁷ Arrest van 16 september 1999 in zaak C-414/97, *Commissie tegen Spanje*, punt 21; arrest van 15 mei 1986 in zaak C-222/84, *Johnston*, punt 26.

Het toepassingsgebied en de voorwaarden voor de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag moeten daarom restrictief worden geïnterpreteerd.

3. TOEPASSINGSGEBIED

Krachtens artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag worden maatregelen toegestaan "die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal", zoals gespecificeerd in de in lid 2 genoemde lijst. Deze lijst werd op 15 april 1958 aangenomen bij Raadsbesluit 255/58. Volgens het Hof is het duidelijk dat artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag "niet van toepassing is op activiteiten betreffende andere dan de op de lijst [in kwestie] vermelde militaire producten"⁸.

Tegelijkertijd moet bij de interpretatie van artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag en van de definitie van het toepassingsgebied ervan ook rekening worden gehouden met de technologische vooruitgang en veranderingen in het beleid inzake overheidsopdrachten. Wat de technologie betreft, lijkt de lijst uit 1958 voldoende algemeen te zijn om ook recente en toekomstige ontwikkelingen te bestrijken. Artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag voorziet tevens in vrijstellingsmogelijkheden voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken en diensten die direct betrekking hebben op de goederen uit de lijst en op moderne, capaciteitsgerichte aankoopmethoden, mits aan de andere voorwaarden voor de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag wordt voldaan.

De lijst van 1958 bevat echter alleen materiaal van zuiver militaire aard dat uitsluitend bedoeld is voor militaire doeleinden. Veiligheid is een steeds ingewikkelder begrip geworden, met nieuwe bedreigingen die de traditionele scheidslijnen tussen militaire en niet-militaire en tussen binnenlandse en buitenlandse veiligheid doen vervagen. Maar omdat de functies van de militaire en niet-militaire veiligheidsdiensten nog steeds verschillend zijn, is het doorgaans wel mogelijk om onderscheid te maken tussen militaire en niet-militaire aankopen.

De aard van de producten uit de lijst van 1958 en de expliciete verwijzing in artikel 296 van het EG-Verdrag naar "*specifiek militaire doeleinden*" bevestigen dat alleen de aankoop van materiaal dat is ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd voor specifiek militaire doeleinden op grond van artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag van de toepassing van Europese regelgeving kan worden vrijgesteld⁹.

Aankopen voor niet-militaire veiligheidsdoeleinden zijn daarentegen uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag. Voor deze aankopen kan op grond van artikel 14 van de Richtlijn Overheidsopdrachten een vrijstelling voor veiligheidsbelangen van de Europese regelgeving gerechtvaardigd worden, mits aan de voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling wordt voldaan¹⁰.

⁸ Arrest van 30 september 2003 in zaak T-26/01, *Fiocchi Munizioni tegen de Commissie*, punt 61; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 8 mei 1991 in zaak C-367/89, *Richardt en Les Accessoires Scientifiques*, punt 30.

⁹ Zaak T-26/01, *Fiocchi Munizioni tegen de Commissie*, punten 59 en 61.

¹⁰ In artikel 14 van Richtlijn 2004/18/EG is het volgende bepaald: "Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de wezenlijke belangen van die lidstaat zulks vereist".

In tegenstelling tot artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag kan artikel 296, lid 1, onder a), van het EG-Verdrag ook de aankoop betreffen van voor duaal gebruik bestemd materiaal voor zowel militaire als niet-militaire doeleinden, ingeval de toepassing van de Europese regelgeving een lidstaat zou verplichten om informatie openbaar te maken die de wezenlijke veiligheidsbelangen in gevaar kan brengen.

4. TOEPASSINGSVOORWAARDEN

Militaire artikelen uit de lijst van 1958 zijn niet automatisch van de regels van de interne markt vrijgesteld. In Raadsbesluit 255/58 wordt gesteld dat de lijst materiaal bevat waarvoor de lidstaten een legitiem belang hebben om de maatregelen te nemen waarin artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag voorziet. Het Raadsbesluit voorziet met andere woorden niet zelf in de automatische toepassing van de vrijstellingsregel. Bovendien heeft het Hof reeds bij verschillende gelegenheden geoordeeld dat artikel 296 van het EG-Verdrag geen automatische vrijstelling verleent op defensiegebied¹¹. Integendeel, een vrijstelling wordt wettelijk gebaseerd op artikel 296 van het EG-Verdrag, wat betekent dat voor de artikelen op de lijst vrijstelling kan worden verleend als en slechts als aan de voorwaarden voor het beroep op artikel 296 van het EG-Verdrag is voldaan¹².

Overeenkomstig artikel 296 van het EG-Verdrag kunnen lidstaten de maatregelen nemen die zij noodzakelijk achten voor de bescherming van hun wezenlijke veiligheidsbelangen. Erkend wordt dat deze bepaling de lidstaten een ruime handelingsvrijheid geeft bij het bepalen van de wijze waarop zij hun wezenlijke veiligheidsbelangen zullen beschermen¹³. Uit de tekst ("*noodzakelijk (...) voor de bescherming*") blijkt echter ook dat deze vrijheid niet onbeperkt is. Het bestaan van artikel 298 van het EG-Verdrag waarin een speciale procedure is vastgelegd die gevolgd moet worden in geval van oneigenlijk gebruik van artikel 296 van het EG-Verdrag, bevestigt dat lidstaten geen absolute vrijheid hebben om te besluiten om een bepaald aankoopcontract te onttrekken aan de regels van de interne markt. Integendeel: "*het staat aan de lidstaat die zich op [artikel 296 van het EG-Verdrag] wil beroepen, het bewijs te leveren dat de vrijstellingen de grenzen van zulke [duidelijk omschreven] gevallen niet overschrijden*" en om aan te tonen dat "*de vrijstellingen noodzakelijk zijn ter bescherming van wezenlijke belangen van zijn veiligheid*"¹⁴.

Alleen de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van een lidstaat kan het doel zijn dat de vrijstelling rechtvaardigt. Andere belangen die verband houden met de productie van en de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal, in het bijzonder industriële en economische belangen, kunnen op zichzelf geen vrijstelling op grond van artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag rechtvaardigen. Zo vallen indirecte niet-militaire compensaties, die geen specifieke veiligheidsbelangen maar algemene economische belangen dienen, niet onder artikel 296 van het EG-Verdrag, ook niet als zij verband houden met een

¹¹ Arrest van 26 oktober 1999 in zaak C-273/97, *Sirdar*, punten 15-16; arrest van 11 januari 2000 in zaak 285/98, *Kreil*, punt 16; arrest van 11 maart 2003 in zaak C-186/01, *Dory*, punten 30-31.

¹² Zie ook het antwoord van 3 oktober 1985 van de Raad aan het Europees Parlementslid mevr. Van Hemeldonck (1985)0574/F; naar analogie van: arrest van 13 juli 2000 in zaak C-423/98, *Albore*, punten 22-23.

¹³ Zaak T-26/01, *Fiocchi Munizioni tegen de Commissie*, punt 58.

¹⁴ Zaak C-414/97, *Commissie tegen Spanje*, punt 22.

aankoopcontract op defensiegebied waarvoor wel vrijstelling is verkregen op basis van dat artikel¹⁵.

De veiligheidsbelangen van de lidstaten moeten daarnaast ook vanuit een Europees perspectief worden beschouwd. Om bijvoorbeeld geografische en historische redenen kunnen deze belangen zeer verschillend zijn. Anderzijds heeft de Europese integratie geleid tot een steeds toenemende convergentie van de nationale belangen van de lidstaten. De ontwikkeling van de CFSP en de ESDP toont aan dat dit ook steeds meer het geval is op het gebied van veiligheid en defensie. De lidstaten delen bijvoorbeeld de intentie om een gemeenschappelijke markt voor defensiemateriaal en een concurrerende industriële en technologische defensiebasis te ontwikkelen. Daarmee moet rekening worden gehouden bij de beoordeling of de toepassing van de EU-regels voor overheidsopdrachten, die bedoeld zijn om de intra-Europese concurrentie te bevorderen, hun wezenlijke veiligheidsbelangen zouden kunnen schaden.

Bovendien heeft artikel 296 van het EG-Verdrag geen betrekking op de bescherming van algemene veiligheidsbelangen, maar op de bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen. Deze specificatie onderstreept het buitengewone karakter van een vrijstelling en maakt duidelijk dat de specifiek militaire aard van het materiaal in de lijst van 1958 op zichzelf niet voldoende is om vrijstelling van de EU-regels voor overheidsopdrachten te rechtvaardigen. Integendeel, de bijzonder krachtige formulering ("wezenlijk") beperkt de mogelijke vrijstellingen tot overheidsopdrachten die van het grootste belang zijn voor het militaire functioneren van de lidstaten.

De formulering van artikel 296 van het EG-Verdrag en de relevante wetgeving die verwijst naar artikel 296 in het algemeen, bevestigen dat deze redenering van toepassing zou moeten zijn op het beroep op zowel lid 1, onder a), als lid 1, onder b), van artikel 296 van het EG-Verdrag.

5. HOE MOET ARTIKEL 296 VAN HET EG-VERDRAG WORDEN TOEGEPAST

Het is het prerogatief van de lidstaten om hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren en het is hun plicht om ze te beschermen. Het begrip "wezenlijke veiligheidsbelangen" biedt hen een zekere flexibiliteit bij het kiezen van maatregelen om deze belangen te beschermen, maar geeft hen ook een bijzondere verantwoordelijkheid om hun Verdragsverplichtingen na te komen en deze flexibiliteit niet te misbruiken. De lidstaten moeten zich er vooral van bewust zijn dat vrijstelling op grond van artikel 296 van het EG-Verdrag alleen in nauwkeurig omschreven gevallen kan worden toegepast en zij moeten ervoor zorgen dat zij de "*grenzen van die gevallen niet overschrijden*"¹⁶.

Op het gebied van overheidsopdrachten op defensiegebied is een zorgvuldige afweging per opdracht of vrijstelling van de Europese regels gerechtvaardigd is of niet, de enige manier waarop lidstaten hun prerogatieven op het gebied van veiligheid in overeenstemming kunnen

¹⁵ Door tal van regeringen worden van niet-nationale contractanten compensaties verlangd als voorwaarde voor de aankoop van militaire uitrusting. Deze compensaties kunnen een breed scala aan activiteiten beslaan: directe compensaties houden direct verband met het voorwerp van het aankoopcontract; bij indirecte compensaties is dat verband er niet: dergelijke compensaties kunnen zowel militair als civiel van aard zijn.

¹⁶ Zaak C-414/97, *Commissie tegen Spanje*, punt 22.

brengen met hun Verdragsverplichtingen. Deze afwegingen moeten van geval tot geval worden gemaakt en in grensgevallen van artikel 296 van het EG-Verdrag, waar het gebruik van de vrijstellingsregel aanvechtbaar kan zijn, moeten zij met grote zorgvuldigheid worden uitgevoerd.

De autoriteiten die de contracten afsluiten, moeten daarom de volgende vragen beantwoorden:

- Om welk wezenlijk veiligheidsbelang gaat het?
- Wat is het verband tussen dit veiligheidsbelang en de specifieke aankoopbeslissing?
- Waarom is de niet-toepassing van de Richtlijn Overheidsopdrachten in dit speciale geval noodzakelijk voor de bescherming van dit wezenlijke veiligheidsbelang?

Tegelijkertijd bepaalt artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag dat de maatregelen die op grond van dit artikel worden genomen *"de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet [mogen] wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden"*. In het kader van overheidsopdrachten op defensiegebied kan dit het geval zijn voor compensaties, en met name voor indirecte, niet-militaire compensaties. De lidstaten moeten er daarom voor zorgen dat compensatieregelingen bij defensiecontracten die onder artikel 296, lid 1, onder b), van het EG-Verdrag vallen, aan deze bepaling voldoen.

6. ROL VAN DE COMMISSIE

Het is niet aan de Commissie om een oordeel te geven over de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaten en ook niet over hun keuzes bij de aankoop van het militaire materiaal om die belangen te beschermen. Als hoedster van het Verdrag mag de Commissie echter wel controleren of aan de voorwaarden voor vrijstelling van aankoopcontracten op grond van artikel 296 van het EG-Verdrag is voldaan.

In zulke gevallen is het aan de lidstaten om op verzoek van de Commissie de nodige informatie te verschaffen en om te bewijzen dat de vrijstelling noodzakelijk is voor de bescherming van hun wezenlijke veiligheidsbelangen. Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk voor recht verklaard dat *"uit artikel 10 [van het EG-Verdrag] volgt dat de lidstaten te goeder trouw moeten meewerken aan ieder door de Commissie krachtens artikel 226 [van het EG-Verdrag] verricht onderzoek en haar daartoe alle gevraagde informatie moeten verstrekken"*¹⁷. Dit betreft alle onderzoeken die worden uitgevoerd door de Commissie als hoedster van het Verdrag, inclusief de eventuele controle op de toepassing van artikel 296 van het EG-Verdrag bij defensiecontracten.

Wanneer de Commissie een overheidsopdracht op defensiegebied onderzoekt, is het aan de betrokken lidstaat om het bewijs te leveren dat, onder de specifieke voorwaarden van de desbetreffende opdracht, de wezenlijke veiligheidsbelangen geschaad zouden worden door toepassing van de Europese richtlijn. Algemene verwijzingen naar de geografische en politieke situatie, geschiedenis en bondgenootschappen zijn in deze context niet voldoende.

Door middel van artikel 287 van het EG-Verdrag is vastgelegd dat de Commissie aan de lidstaten garandeert dat hun informatie volstrekt vertrouwelijk zal worden behandeld.

¹⁷ Arrest van 13 juli 2004 in zaak 82/03, *Commissie tegen Italië*, punt 15.

Artikel 298 van het EG-Verdrag bepaalt dat indien maatregelen, genomen in de gevallen bedoeld in artikel 296 van het EG-Verdrag, tot gevolg hebben dat de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt worden verstoord, de Commissie tezamen met de betrokken lidstaat kan onderzoeken onder welke voorwaarden die maatregelen kunnen worden aangepast aan de in het Verdrag vastgestelde regels.

De Commissie kan ook de zaak direct voor het Hof brengen, als zij van mening is dat een lidstaat oneigenlijk gebruik maakt van de bevoegdheden waarin artikel 296 van het EG-Verdrag voorziet. In dit geval ligt de bewijslast voor de gerechtvaardigheid van de vrijstelling bij de lidstaten.

Bij de beoordeling van mogelijke overtredingen zal de Commissie rekening houden met de specifieke gevoeligheid van de defensiesector. Tegelijkertijd zal de Commissie haar voorbereidende werkzaamheden voortzetten met het oog op de mogelijke opstelling van een richtlijn voor de aankoop van militair materiaal waarop artikel 296 van het EG-Verdrag niet van toepassing is.