

FFI RAPPORT

UTVIKLINGEN MOT ET EUROPEISK MARKED FOR FORSVARSANSKAFSELSE – implikasjoner for gjenkjøpsordningen

WORLDSEN Tone

FFI/RAPPORT-2006/02388

**UTVIKLINGEN MOT ET EUROPEISK MARKED
FOR FORSVARSANSKAFSELSE
– implikasjoner for gjenkjøpsordningen**

WROLDSEN Tone

FFI/RAPPORT-2006/02388

FORSVARETS FORSKNINGSINSTITUTT
Norwegian Defence Research Establishment
Postboks 25, 2027 Kjeller, Norge

FORSVARETS FORSKNING SINSTITUTT (FFI)
Norwegian Defence Research Establishment

UNCLASSIFIED

P O BOX 25
 NO-2027 KJELLER, NORWAY
REPORT DOCUMENTATION PAGE

SECURITY CLASSIFICATION OF THIS PAGE
 (when data entered)

1) PUBL/REPORT NUMBER FFI/RAPPORT-2006/02388 1a) PROJECT REFERENCE FFI-I/881/911	2) SECURITY CLASSIFICATION UNCLASSIFIED 2a) DECLASSIFICATION/DOWNGRADING SCHEDULE -	3) NUMBER OF PAGES 49		
4) TITLE UTVIKLINGEN MOT ET EUROPEISK MARKED FOR FORSVARSANSKAFSELSE – implikasjoner for gjenkjøpsordningen THE DEVELOPMENT TOWARDS A EUROPEAN DEFENCE EQUIPMENT MARKET – implications for offset practices				
5) NAMES OF AUTHOR(S) IN FULL (surname first) WROLDTSEN Tone				
6) DISTRIBUTION STATEMENT Approved for public release. Distribution unlimited. (Offentlig tilgjengelig)				
7) INDEXING TERMS IN ENGLISH: <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"> a) <u>Defence procurement</u> b) <u>European Defence Agency (EDA)</u> c) <u>Offset</u> d) <u>Article 296 EC/Article 123 EEA</u> European Defence Equipment e) <u>Market</u> </td> <td style="width: 50%; vertical-align: top;"> IN NORWEGIAN: a) <u>Forsvarsanskaffelser</u> b) <u>Det europeiske forsvarsbyrået</u> c) <u>Gjenkjøp</u> d) <u>Artikkel 296 EF/Artikkel 123 EØS</u> Europeisk marked for e) <u>forsvaranskaffelser</u> </td> </tr> </table>			a) <u>Defence procurement</u> b) <u>European Defence Agency (EDA)</u> c) <u>Offset</u> d) <u>Article 296 EC/Article 123 EEA</u> European Defence Equipment e) <u>Market</u>	IN NORWEGIAN: a) <u>Forsvarsanskaffelser</u> b) <u>Det europeiske forsvarsbyrået</u> c) <u>Gjenkjøp</u> d) <u>Artikkel 296 EF/Artikkel 123 EØS</u> Europeisk marked for e) <u>forsvaranskaffelser</u>
a) <u>Defence procurement</u> b) <u>European Defence Agency (EDA)</u> c) <u>Offset</u> d) <u>Article 296 EC/Article 123 EEA</u> European Defence Equipment e) <u>Market</u>	IN NORWEGIAN: a) <u>Forsvarsanskaffelser</u> b) <u>Det europeiske forsvarsbyrået</u> c) <u>Gjenkjøp</u> d) <u>Artikkel 296 EF/Artikkel 123 EØS</u> Europeisk marked for e) <u>forsvaranskaffelser</u>			
THESAURUS REFERENCE:				
8) ABSTRACT <p>The report focuses on the development towards a European defence equipment market and the implications for offset practices. Defence procurement falls within the scope of European Community law and is subject to public procurement regulations. However, article 296 of the EC treaty allows for exempting production and trade in arms. Following the EEA agreement corresponding regulations apply to Norway.</p> <p>It is important to map and analyse the developments at European level. The report examines the green paper on defence procurement published by the European Commission in 2004, the succeeding consultation and recent relevant developments. It presents the newly established European Defence Agency (EDA) and the implications, of both the Commission initiatives and EDA, on offset practices are discussed. A final chapter analyses the potential impact on Norway and the Norwegian offset practices.</p> <p>The findings suggest that defence procurements are expected to be addressed further at European level. It is indicated that the scope of article 296 allowing for exemptions of defence procurement will be limited. The possibility for using offset practices is limited accordingly. EDA aims at harmonising, and in the end abolishing offset. Norway is not a member of the EU and thus not part of EDA. Still, the findings show that the work undertaken by EDA is likely to have implications for Norwegian offset practices.</p>				
9) DATE 2007-03-05	AUTHORIZED BY This page only Jan Erik Torp	POSITION Director		

ISBN 978-82-464-1172-9

UNCLASSIFIED

SECURITY CLASSIFICATION OF THIS PAGE
 (when data entered)

INNHOLD

	Side	
1	INNLEDNING	9
2	BAKGRUNN	10
2.1	Et europeisk marked for forsvarsanskaffelser	11
2.2	Gjenkjøpsordningen	11
2.3	Norge og gjenkjøp	13
2.4	Tidligere initiativ for å åpne forsvarsmarkedene	13
2.4.1	WEAG/WEAO	13
2.4.2	Lol	14
2.4.3	OCCAR	14
3	DET INDRE MARKED OG ARTIKKEL 296 EF	15
3.1	EF-traktaten Artikkel 296	15
3.2	Direktiv for offentlige anskaffelser	17
3.2.1	Funksjonene til det offentlige anskaffelsesregelverket	18
3.3	Statsstøtte	19
3.4	EØS-avtalen artikkel 123	20
3.5	Grønnboken om forsvarsanskaffelser	20
3.5.1	Tilbakemelding på Grønnboken	21
3.5.2	Klargjøring av regelverk vs. direktiv for forsvarsanskaffelser	22
3.5.3	Klargjøring av eksisterende regelverk - Artikkel 296	22
3.5.4	Mulig direktiv for forsvarsanskaffelser	24
3.5.4.1	Medlemsstatenes holdinger til et eventuelt direktiv	25
3.5.4.2	Mot et nytt direktiv for forsvarsanskaffelser?	26
3.5.5	En tredje vei: UK non-paper	27
4	DET EUROPEISKE FORSVARSBYRÅET (EDA)	27
4.1	Kodeks for forsvarsanskaffelser	30
4.2	Kodeks: Best practice in the supply chain	31
4.3	Implikasjoner av EDA-samarbeidet	31
4.4	Norsk samarbeidsavtale med EDA	33
5	FREMTIDSUTSIKTER FOR GJENKJØPSORDNINGEN	34
5.1	Kommisjonens fortolkningsmeddelelse	34
5.2	Eventuell lovgivning for forsvarsanskaffelser	35
5.2.1	Medlemsstatenes holdninger til gjenkjøp	36
5.2.2	Direktiv vs. gjenkjøp	37
5.3	EDA – harmonisering av gjenkjøp etterfulgt av avskaffelse?	38
5.3.1	Forslag om utformingen av harmoniserte gjenkjøpsordninger	39
5.3.2	Studie: Effektene av gjenkjøpsordninger	39

5.3.3	Mot harmonisering og avskaffelse av gjenkjøp?	40
6	KONKLUSJON – BETYDNING FOR NORGE	40
	APPENDIKS	43
A	FORKORTELSER	43
B	OVERSIKT OVER EU-samarbeidet	44
	Litteratur	46

UTVIKLINGEN MOT ET EUROPEISK MARKED FOR FORSVARSANSKAFFELSER – implikasjoner for gjenkjøpsordningen

1 INNLEDNING

“The need to bolster Europe's military capabilities to match our aspirations is more urgent than ever. And so, too, is the need for us to respond better to the challenges facing our defence industries. This Agency can make a huge difference”.¹ Dette er ordene til EUs høyrepresentant for utenrikssaker, Javier Solana, som leder det nylig opprettede europeiske forsvarsbyrået (European Defence Agency, EDA). Det europeiske forsvarsmarkedet står overfor en rekke utfordringer som må håndteres dersom problemene forsvarsindustrien møter skal overkommes. Siden slutten av den kalde krigen har forsvarsmarkedet og industrien vært i endring. Betydelige deler av nasjonal forsvarsindustri privatiseres. Bedrifter slås sammen og transnasjonale selskaper etableres og vokser. Det teknologiske gapet mellom USA og Europa består.

Det er tatt flere initiativ fra europeisk hold for å møte disse utfordringene og fremme konkurransedyktigheten til europeisk forsvarsindustri. Hovedtanken er å åpne EUs forsvarsmarkeder for fri konkurranse og etablere et indre marked for forsvarsanskaffelser. Mye av utviklingen og arbeidet finner sted innenfor rammene av den europeiske union (EU). Norge er ikke medlem av EU, men berøres likevel av dette. Norge står dermed i stor grad utenfor arbeidet med å utforme det europeiske markedet for forsvarsanskaffelser. Det er også fare for at norske bedrifter får redusert markedsadgang som resultat av denne utviklingen.

Det er viktig å ha en forståelse av den pågående utviklingen mot et indre marked for forsvarsanskaffelser for å vurdere hvilke implikasjoner dette vil ha for Norge og norsk forsvarsindustri. Dersom det gjøres endringer i de regler og retningslinjer som i dag regulerer anskaffelser på europeisk nivå, vil dette også ha betydning for Norge og norske anskaffelser av forsvarsmateriell. Dette følger av Norges EØS-medlemskap, men er også en konsekvens av at EUs medlemmer, uavhengig av EØS, er norske handelspartnere.

Gjenkjøp brukes ofte når anskaffelsesavtaler inngås mellom en stat og utenlandske leverandører. Ordningen blir sett som hindrende for økonomisk effektivitet og bryter med prinsippene for et indre marked for forsvarsanskaffelser. Norge anvender gjenkjøp og er for tiden i ferd med å utvikle nye retningslinjer for ordningen. Det er derfor viktig å kartlegge den forventede utviklingen i EU. Dette kan bidra til å tilpasse de norske retningslinjene det europeiske markedet.

Denne rapporten² søker derfor å ta for seg utviklingen i det europeiske forsvarsmarkedet og vurdere hvilke implikasjoner dette kan ha for dagens gjenkjøpsordning. *Kapittel 2* beskriver

¹ European Defence Agency's hjemmeside: <http://www.eda.europa.eu/index.htm> [3. August 2006].

² Denne rapporten ble utarbeidet mens forfatteren var sommerstudent ved Forsvarets forskningsinstitutt sommeren 2006.

bakgrunnen for det arbeidet som nå pågår i EU og forklarer kort hva gjenkjøp er og hvorfor det anvendes. Videre gis en oversikt over de tidligere mest sentrale initiativene for å åpne de europeiske forsvarsmarkedene. *Kapittel 3* gjør rede for EUs indre marked og de bestemmelser som her gis i forhold til forsvarsanskaffelser. EF-traktaten artikkel 296 (artikkel 123 EØS) og regelverket for offentlige anskaffelser er av størst betydning. Videre beskrives det hvordan Europakommisjonen ønsker å utbedre reguleringen av forsvarsmateriell og medlemsstatenes holdning til dette. *Kapittel 4* retter søkelyset mot det europeiske forsvarsbyrået (EDA) og det arbeidet som der gjøres for å fremme et europeisk marked for militære anskaffelser. *Kapittel 5* bygger på de foregående kapitlene og vurderer hvordan den pågående utviklingen vil virke inn på gjenkjøpsordningen. Denne analysen fortsettes i det siste og *avsluttende kapitlet*. Her vurderes betydningen av det EU-relaterte arbeidet for Norge og den norske gjenkjøpsordningen.

2 BAKGRUNN

Sikkerhets- og forsvarspolitik har tradisjonelt vært ansett som viktig for nasjonalstaten. Samarbeidet innenfor rammen av EF og senere EU har lenge vært begrenset. Først de senere årene har EUs medlemmer inngått samarbeid på stadig flere områder knyttet til sikkerhet og forsvar. Det store ”gjennombruddet” kom under St Malo-toppmøtet i 1998 hvor Storbritannia og Frankrike etterlyste en styrking av den felles europeiske utenriks- og sikkerhetspolitikken (CFSP) gjennom utviklingen av en europeisk sikkerhets- og forsvarspolitik (ESDP).³ I det påfølgende toppmøtet for det europeiske råd i Köln i 1998 ble det bestemt at EU ”must have the capacity for autonomous action, backed up by credible military forces, the means to decide to use them, and a readiness to do so, in order to respond to international crises without prejudice to actions by NATO” (European Council, 1999a: Appendix III i Nugent 419).⁴ I Helsingfors påfølgende år ble ”the Helsinki headline goal” vedtatt. Målsetningen bestod i å opprette en europeisk hær på 50000-60000 mann innen 2003. Hæren, som skal være operativ innen 60 dager, brukes til fredsbevarende operasjoner, såkalte ”Petersburg tasks”.⁵

Denne utviklingen i EUs sikkerhets- og forsvarspolitik førte til opprettelsen av politiske og militære strukturer underlagt EUs ministerråd. Disse består av en militær krisehåndteringskomité, en militærstab, en sivil krisehåndteringskomité og en komité for sivilmilitære relasjoner. Forsvarssamarbeidet beveget seg videre i 2003 da EU og NATO inngikk den såkalte ”Berlin plus”-avtalen. Avtalen koordinerer samarbeidet mellom de to organisasjonene og gir EU adgang til deler av NATOs militære kapasiteter. I 2004 tok EU et ytterligere skritt mot et tettere forsvarssamarbeid da de bestemte seg for å opprette stridsgrupper. Gruppene består av 1500 soldater og skal kunne rykke ut på to ukers varsel til mål opptil 5000 kilometer unna. Siste hendelse i det europeiske forsvars- og sikkerhetssamarbeidet er opprettelsen av det europeiske forsvarsbyrået som skal være et hovedelement i utviklingen av ESDP. Forsvarsbyrået er under-

³ Nugent 2003:419.

⁴ Det europeiske råd (1999): Presidency Conclusions, Appendix III, Berlin, 24.-25. mars 2006.

⁵ ”Petersburg Tasks” viser til krisehåndtering, humanitær- og fredsoperasjoner inkludert fredsopprettede operasjoner.

lagt Rådets ESDP og dermed pilar to i Maastricht-traktaten.⁶

Norge er ikke medlem i EU og tar derfor ikke del i ESDP på lik linje med EUs medlemsland. Til tross for dette har Norge inngått en rammeavtale med EU som innebærer at Norge kan delta i konsultasjoner og bidra med styrker til enkelte militære eller fredsbevarende operasjoner i regi av EU.⁷ Norge deltar eksempelvis i EUs militære operasjon i Bosnia.⁸ Videre har den norske regjering inngått en avtale med Sverige, Finland og Estland om å opprette en nordisk stridstyrke som kan benyttes i EU-operasjoner.

2.1 Et europeisk marked for forsvarsanskaffelser

Utviklingen av en europeisk forsvars- og sikkerhetspolitikk er tett knyttet til fremveksten av et europeisk marked for forsvarsanskaffelser. En enhetlig europeisk forsvarspolitik vil kunne tenkes å kreve et europeisk forsvar. Tilnærmet nasjonale markeder og anskaffelsesregler for forsvarsmateriell er derfor lite kompatible med en europeisk forsvars- og sikkerhetspolitikk. To aktører på europeisk nivå arbeider parallelt på forskjellige arenaer for opprettelsen av et indre marked for forsvarsanskaffelser (EDEM). *Europakommisjonen* utgav i 2004 en grønnbok om forsvarsanskaffelser for å stimulere til debatt og tenking rundt et EDEM. Med hjemmel i fellesskapstraktaten ser Kommisjonen at forsvarsanskaffelser kan ytterligere reguleres for å oppnå et mer enhetlig og åpent marked. Denne tilnærmingen faller inn under Maastricht-traktatens pilar én og har en overstatlig karakter. *Det europeiske forsvarsbyrået* (EDA) har gått inn for et mer frivillig og mellomstatlig samarbeid. En frivillig kodeks er utarbeidet for hvordan forsvarsanskaffelser skal gjøres. EDA ser dette som veien å gå for å oppnå et indre marked for forsvarsanskaffelser.

2.2 Gjenkjøpsordningen

Gjenkjøp er en ordning som benyttes av de fleste medlemsstatene ved kjøp av forsvarsmateriell fra utenlandske leverandører. Ordningen bryter med bestemmelsene for EUs indre marked og ses som et hinder på veien mot et indre marked for forsvarsanskaffelser. Med gjenkjøp menes transaksjoner som kompenserer for en nasjons materiellanskaffelser fra utlandet.⁹ Det skilles mellom to former for gjenkjøp. *Direkte gjenkjøp* refererer til leveranser av tilvirkede komponenter som inngår i materiellet Forsvaret anskaffer.¹⁰ *Indirekte gjenkjøp* viser til ”leveranser av tilvirkede produkter som ikke inngår i materiellet som Forsvaret anskaffer, men som er avregningsverdige i gjenkjøpssammenheng”.¹¹ *Sivile gjenkjøp* er også praktisert i en rekke land. Med dette forstås at transaksjonene som kompenserer for en nasjons materiellanskaffelser er sivile og ikke forsvarsrelaterte.

⁶ ESDP er underlagt pilar to i Maastrichttraktaten. I motsetning til pilar én som omfatter de europeiske fellesskap, er pilar to av mellomstatlig karakter. Pilar én omfatter det indre marked samt bestemte politikkområder. EF-domstolen har her jurisdiksjon. Ministerrådet er sentral i pilar to og Kommisjonen og Europaparlamentet spiller avgrensede roller. Pilar to er ikke underlagt fellesskapsretten. Se forøvrig appendiks B.

⁷ St.meld. nr. 23 (2005-2006) Om gjennomføring av europapolitikken.

⁸ Forsvarsnett: Norske styrker i utlandet. Hjemmeside: www.mil.no [1. august 2006].

⁹ FD Aktuelt 14/99. Hjemmeside: www.odin.no/fd [31. juli 2006].

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ FD Aktuelt 14/99. Hjemmeside: www.odin.no/fd [31. juli 2006].

Mens gjenkjøp omhandler bilaterale leveranser er prinsippet om 'juste retour' anvendt i anskaffelsessamarbeid mellom flere nasjoner. 'Juste retour' innebærer at deltakende industri fra hver nasjon i et anskaffelsessamarbeid, skal få en arbeidsdel tilsvarende det finansielle bidrag fra nasjonens regjering.¹² 'Global juste retour' innebærer en arbeidsdeling som omfatter flere samarbeidsprogrammer over et lengre tidsrom.

En del av kritikken mot direkte gjenkjøp og juste retour-ordningen går på at arbeidsfordelingen kan bli ineffektiv dersom det opprettes flere produksjonslinjer i de deltakende statene. Ordningen kan likeledes medføre duplisering av forskning og teknologi på tvers av landegrensene. Dette er kostnadsdrivende. Forflyttinger innad i EUs indre marked blir slik innskrenket ved å opprettholde barrierer rundt nasjonal industri.

Til tross for at kompensasjonsordninger, gjenkjøp og 'juste retour', ses som hindre for effektivisering av forsvarssektoren og konkurransedyktigheten til europeisk forsvarsindustri, benyttes ordningene av rundt 120 land på global basis.¹³ Den hyppige anvendelsen av gjenkjøpsordninger har sammenheng med særtrekk ved forsvarsanskaffelser. Sammenliknet med andre offentlige anskaffelser er det problematisk å konkurransesutsette forsvarsanskaffelser fordi:

- Staters suverenitet er tett knyttet til produksjon og handel med forsvarsmateriell. Dette er viktig for landenes sikkerhets- og forsvarspolitik. Forsvarsmarkeder er politiske av natur ettersom staten spiller en sentral rolle både som forvalter og kjøper.
- Kompleksiteten ved forsvarssystemer innebærer at slike systemer har lang utviklings- og levetid, samt høye engangskostnader. Særlig gjelder dette høyteknologiske systemer. Det er således stort behov for investering innen forskning og utvikling.
- Forsyningssikkerhet gjennom livsløpet til våpensystem er nødvendig for å sikre at systemet fyller sin funksjon.
- Hemmeligholdelse av teknologisk informasjon er viktig for å ivareta konkurransedyktigheten til teknologiske komplekse systemer.¹⁴

Klare fordeler er derfor knyttet til gjenkjøp. Ordningen ses som en garantist for forsyningsikkerhet av teknologi og tjenester gjennom livsløpet til systemet som anskaffes, ettersom den etablerer en gjensidig avhengighet. Gjenkjøp bidrar til å sikre nasjonene investeringer fra utenlandske leverandører og hjelper samtidig nasjonale leverandører å komme inn på utenlandske markeder. For små og mellomstore land er gjenkjøp sett som et virkemiddel for å inkludere nasjonal industri i leveringskjeden av forsvarsmateriell og slik styrke det industrielle forsvarsgrunnlaget. Dette kommer nasjonal økonomi og sysselsetting generelt til gode, og gir også forsvarsindustrien en bredere basis.

Fordelene gjenspeiles i industriens holdninger til gjenkjøpsordningen. I land hvor gjenkjøp

¹² Unisys 2005:27.

¹³ Bjørk og Skøelv 2006:12.

¹⁴ European Union Institute for Security Studies 2005:11.

praktiseres støtter i hovedsak industrien opp om gjenkjøp. I land med store leverandører av forsvarsmateriell, hvor gjenkjøp ikke benyttes, er leverandørene, i likhet med myndighetene, gjerne imot gjenkjøp. Dette gjelder for eksempel i nettoeksportørland som Frankrike og særlig USA.

2.3 Norge og gjenkjøp

Gjenkjøp er et sentralt element i Norges militære anskaffelsespolitikk. Gjenkjøpsavtalene ”bidrar til å opprettholde og styrke vår forsvarsindustris kompetanse, kapasitet og markedsmuligheter”.¹⁵ På denne måten skal gjenkjøp rettes inn mot å styrke områder som er viktige for det norske forsvaret og norsk næringsliv. De markedsmuligheter og tilgang på kompetanse og teknologi som gjenkjøpsordningen kan bringe er også viktige i dette henseende.

Utviklingen innenfor Europakommisjonens og EDAs arbeid med forsvarsanskaffelser er ventet å ha implikasjoner for gjenkjøpsordningen. Norge er gjennom medlemskap i EØS en del av EUs indre marked med fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer. Som EØS-medlem er Norge derfor underlagt den delen av EU-samarbeidets pilar én som omfattes av EØS-avtalen. Lovgivning som utvikles innenfor virkeområdet til EØS-avtalen må dermed implementeres i Norge på lik linje med de øvrige EØS-medlemmene.¹⁶ Endres lovgivningen for forsvarsanskaffelser vil dette også ha implikasjoner for Norge.¹⁷ Det er derfor viktig for Norge å følge den utviklingen som finner sted på europeisk nivå.

2.4 Tidligere initiativ for å åpne forsvarsmarkedene

Flere forsøk utenfor rammen av EU er gjort for å åpne europeiske markeder for forsvarsanskaffelser. WEAG/WEAO, LoI og OCCAR er de mest sentrale:

2.4.1 WEAG/WEAO

Det europeiske forsvarsmateriellsamarbeidet ble opprettet i 1976 gjennom Independent European Programme Group (IEPG). IEPG ble underlagt Vestunionen i 1992 og endret året etter navn til Western European Armaments Group (WEAG). Medlemmene var ved opprettelsen alle europeiske NATO-medlemmer bortsett fra Island. Dermed var Norge fullverdig medlem. I 2000 ble Østerrike, Tsjekkia, Finland, Ungarn, Polen og Sverige medlemmer. Organisasjonen søkte å harmonisere visse forhold ved forsvarsanskaffelser, samt drive forskning og teknologisamarbeid. Ovenstående mål var mer effektiv bruk av ressurser gjennom økte harmoniseringskrav, åpning av nasjonale forsvarsmarkeder for grenseskridende konkurranse, styrking av det europeiske teknologiske og industrielle grunnlaget og samarbeid innen forskning og utvikling.¹⁸

¹⁵ FD Aktuelt 14/99. Hjemmeside: www.odin.no/fd [31. juli 2006].

¹⁶ Medlemmene i EØS utgjøres av EU-landene, og EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein.

¹⁷ Her må nevnes at EFTA-statene har en reservasjonsrett som går ut på at de kan motsette seg EU-krav om at relevante EU-rettsakter blir del av EØS-avtalen. Vedtak i EØS-komiteen krever enstemmighet. Nekter et av EFTA-landene å vedta en rettsakt vil denne derfor ikke vedtas. Verken Norge, eller de andre EFTA-landene, har så langt benyttet seg av denne reservasjonsretten. Se Sejerstad et al. 2004:181-183.

¹⁸ WEAGs hjemmeside: <http://www.weu.int/weag/index.html> [31. juli 2006].

En mulig opprettelse av et europeisk forsvarsbyrå¹⁹ ble lenge diskutert i WEAG. Dette ledet til opprettelsen av Western European Armaments Organisation (WEAO) i 1996. WEAO ble gjort til en del av Vestunionen. På denne måten ble det juridiske rammeverket Vestunionen utgjorde benyttet til å inngå samarbeidsavtaler i WEAO. I 1998 ble medlemmene enige om en plan for å danne et europeisk forsvarsbyrå hvor det ble siktet mot å utvikle nødvendige regler, reguleringer, strukturer og arbeidsprosedyrer for byrået. I 2002 ble det bestemt at forsvarsbyrået skulle etableres når forholdene lå til rette for dette.²⁰

Siden opprettelsen av EDA, som omtales i kapittel 4, har WEAG/WEAO blitt inkorporert i det nyopprettede forsvarsbyrået. Norge, som var fullverdig medlem i WEAG/WEAO, er ikke medlem i EDA. Norge har imidlertid fått til en samarbeidsavtale med forsvarsbyrået. Dette diskuteres i kapittel 4.

2.4.2 LoI

Letter of Intent (LoI)-avtalen ble inngått mellom Storbritannia, Frankrike, Tyskland, Sverige og Italia i 1998. Disse landene er EUs største forsvarsprodusenter og står samlet for 90 prosent av EUs industrielle kapasiteter, 85 prosent av EUs totale forsvarsutgifter og 98 prosent av utgiftene knyttet til forskning og utvikling.²¹ LoI-avtalen har i likhet med WEAG/WEAO-samarbeidet til hensikt å forenkle grenseoverskridende forsvarsanskaffelser. Avtalen utviklet seg til en rammeverksavtale som ble inngått i juli 2000. Avtalen tar for seg forsyningssikkerhet, eksportprosedyrer, sikring av gradert informasjon, behandling av teknisk informasjon, forskning og teknologi samt harmonisering av militære krav. Avtalen harmoniserer landenes reguleringer og gjør samarbeid enklere mellom våpenproduserende bedrifter i de seks landene. Det viktige ved LoI-samarbeidet er at rammeverksavtalen er juridisk bindende. Medlemmene forplikter seg derved juridisk til å følge de avtaler som er nedfelt i rammeverket.

2.4.3 OCCAR

The Organisation for Joint Armaments Cooperation (OCCAR) ble opprettet i 1996 av Tyskland, Frankrike, Italia og Storbritannia. Spania og Belgia ble del av samarbeidet i henholdsvis 2003 og 2005. Formålet med organisasjonen er, i likhet med de to ovennevnte organisasjonene, å bedre håndteringen av samarbeidende anskaffelsesprogrammer. Fem hovedprinsipper er rådende: Kostnadseffektivisering, harmonisering av krav og teknologi, et konkurransedyktig industrielt grunnlag, å gi avkall på juste retour-ordningen og erstatte denne med global juste retour, og sist åpne OCCAR for medlemskap fra andre land. OCCAR-konvensjonen, som ble signert i 2001, gir samarbeidet juridisk status. Dette innebærer at organisasjonen kan inngå kontrakter med industrien på vegne av medlemsstatene. Ikke-medlemmer kan delta i prosjekter på ad hoc-basis.²²

Ingen av de tre organisasjonene kan sies å ha lyktes i å åpne europeiske forsvarsmarkeder i noen

¹⁹ European Armament Agency (EAA).

²⁰ WEAGs hjemmeside: <http://www.weu.int/weag/index.html> [31. juli 2006].

²¹ European Union Institute for Security Studies 2005:12.

²² OCCARs hjemmeside: <http://www.occar-ea.org/> [31. juli 2006].

særlig utstrekning.

3 DET INDRE MARKED OG ARTIKKEL 296 EF

EU-samarbeidet er i hovedsak regulert gjennom to traktater, Fellesskapstraktaten og Unions-traktaten.²³ Disse gir rettsgrunnlag for forordninger og direktiv og regulerer EUs kompetanse i forhold til medlemsstatene. Enhetsakten av 1986 la grunnlaget for etableringen av et indre marked med fri bevegelighet av varer, tjenester, kapital og personer. Disse fire frihetene utgjør grunnpilarene i EUs indre marked og er nedfelt i Fellesskapstraktaten.

Offentlige anskaffelser er omfattet av reglene for det indre marked. Et direktiv regulerer anskaffelsene med hensikt å konkurranseutsette dem. Det følger av EØS-avtalen artikkel 65, og vedleggene det vises til der, at disse reglene er del av EØS-avtalen og således er bindende for Norge. Dette EØS-regelverket for offentlige anskaffelser kan "langt på vei ses som en operasjonalisering av de prinsipper som ligger i reglene om de fire friheter".²⁴

3.1 EF-traktaten Artikkel 296

Fellesskapsretten setter en rekke grenser for hvordan staten og myndighetene kan opptre som markedsaktører. Dette gjelder både der staten og myndighetene etterspør, og selv tilbyr, varer og tjenester.²⁵ I utgangspunktet setter fellesskapsretten også de samme grensene ved anskaffelser av forsvarsmateriell som reguleres gjennom EUs direktiv for offentlige anskaffelser. Fellesskapsretten gjelder derfor, i prinsippet, også for slike anskaffelser. EF-traktaten artikkel 296 åpner imidlertid for at forsvarsmateriell kan unntas fellesskapsrettens regulering av det indre marked. Artikkel 296(1) fastsetter at "[t]he provisions of this Treaty shall not preclude the application of the following rules:

- (a) *no Member State shall be obliged to supply information the disclosure of which it considers contrary to the essential interests of its security;*
- (b) *any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes.*

Medlemsstatene kan altså, med hjemmel i bokstav a, unnlate å informere Kommisjonen eller andre på områder hvor reguleringen av det indre markedet ellers ville krevd dette, med begrunnelse at denne informasjonen er vesentlig for rikets sikkerhet. I henhold til artikkel 296(1)(b) kan medlemsstatene gjøre tiltak som er nødvendige for å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser knyttet til produksjon og handel med forsvarsmateriell, selv om disse kommer i strid med bestemmelser i EF-traktaten. Slike tiltak skal ikke negativt påvirke konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål.

²³ Se anneks B: Oversikt over EU-samarbeidet.

²⁴ Sejersted et al. 2004:631.

²⁵ Se Arnesen og Graver 2000.

Artikkel 296(2) fastsetter at:

“The Council may, acting unanimously on a proposal from the Commission, make changes to the list, which it drew up on 15 April 1958, of the products to which the provisions of paragraph 1(b) apply”.

Det vises her til Ministerrådets liste av 1958. Listen, den såkalte 1958-listen, definerer hva som regnes som forsvarsmateriell i henhold til artikkel 296 og dermed faller inn under unntaksbestemmelsen i artikkel 296 (1)(b). Artikkel 296 (1)(b) er hovedregelen, i den forstand at den gir unntaket fra traktatens bestemmelser, mens 1958-listen konkretiserer hvilke forsvarsanskaffelser den kan anvendes på.

EF-domstolen har gjennom rettspraksis utledet at bruk av unntaksbestemmelsene for det første bare rettfærdiggjøres hvis det er nødvendig for å ivareta en stats vesentlige interesser og for det andre at medlemsstatene må vurdere sak for sak hvorvidt forsvarskontrakter faller inn under disse.²⁶ Artikkel 296 er en unntaksbestemmelse og skal derfor i utgangspunktet tolkes snevert. Dette følger av den ordinære tolkningsregelen som utleder prinsippet om at unntaksregler skal tolkes på en snever på måte.²⁷ Til tross for domstolens rettspraksis er unntaksbestemmelsene i artikkel 296 generelt blitt betraktet som regelen heller enn unntaket.²⁸ Nasjonale prosedyrer, som varierer på tvers av medlemsstatene, blir derfor anvendt på nesten alle forsvarskontrakter.²⁹

Artikkel 297 spesifiserer videre bruken av artikkel 296. Ifølge artikkel 297 skal medlemsstatene rådføre seg med hverandre for unngå at fellesmarkedets funksjon påvirkes av de foranstaltninger som gjøres som følge av alvorlige indre uroligheter som forstyrrer offentlig orden, krigstrussel eller oppfyllelse av forpliktelser inngått med henblikk på å bevare av fred og internasjonal sikkerhet.³⁰ Artikkel 297 er derfor tiltenkt krigssituasjoner og er av mindre betydning for aktuelle forsvarsanskaffelser.

Artikkel 296 og 297 gjør det mulig å unnta anskaffelser fra reglene for det indre marked. Artikkel 298 gir bestemmelser for overvåkning av unntatte forsvarsanskaffelser og fastsetter at

“[i]f measures taken in the circumstances referred to in Articles 296 and 297 have the effect of distorting the conditions of competition in the common market, the Commission

²⁶ Europakommisjonen (2004): COM 2004/608 final: ”Grønnboken om forsvarsanskaffelser”, Brussel 23. september 2004.

²⁷ Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i domstolens avgjørelse i saken Europakommisjonen v Spania, sak C-414/97. Saken diskuteres i 3.5.2.1.

²⁸ “[M]ember states have used that Article [296] to exclude defence almost completely from the European integration process and to organise their defence markets on a national basis, each of them with its own rules, regulations and policies” (European Union Institute for Security Studies 2005: 13).

²⁹ European Union Institute for Security Studies 2005: 15.

³⁰ Artikkel 297 EF sier videre at: ”Member States shall consult each other with a view to taking together the steps needed to prevent the functioning of the common market being affected by measures which a Member State may be called upon to take in the event of serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order, in the event of war, serious international tension constituting a threat of war, or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security”.

shall, together with the State concerned, examine how these measures can be adjusted to the rules laid down in the Treaty”.

Kommisjonen eller medlemsstater kan bringe slike saker inn for EF-domstolen dersom de anser at en anskaffelse ikke overholder forpliktelser som følger av traktaten. Dette følger av artikkel 226 og 227 i fellesskapsretten.³¹

En rekke uklarheter er knyttet til bruken av artikkel 296. Hovedproblemet er gråsonen som oppstår mellom hvilke forsvarsanskaffelser som omfattes av fellesskapsretten og hvilke som kan unntas som følge av unntaksbestemmelsen. Det foreligger ingen klar definisjon av hva som menes med 'vesentlige sikkerhetsinteresser'. Debatten er også knyttet til 1958-listen. Listen er uendret siden den gang og diskusjonen dreier seg om innholdet er utdatert og bør endres. For våpen og ammunisjon er det lite tvil om at unntaksbestemmelsen gjelder. Krigsmateriell i mer generell forstand kan også unntas EUs indre marked, sammen med varer som er uunnværlige for forsvarsformål. For disse varene vil anvendelsen av unntaksbestemmelsen variere fra tilfelle til tilfelle etter hvorvidt varene er unnværlige og produsert for bruk i krig. For 'dual use' varer, varer som kan anvendes både militært og sivilt, gjelder ikke artikkel 296. Det er også viktig å notere at 1958-listen ikke tar hensyn til teknologisk utvikling. Varer og tjenester som tidligere har blitt ansett å kunne unntas bestemmelsene for det indre marked, som følger av artikkel 296 EF, vil muligens falle utenfor i dag.³²

3.2 Direktiv for offentlige anskaffelser

Fellesskapets regelverk for offentlige anskaffelser regulerer som sagt forsvarsanskaffelser når unntaksbestemmelsen i artikkel 296 EF ikke benyttes. Et nytt direktiv for offentlige anskaffelser ble vedtatt i 2004 og ble, ifølge direktivets bestemmelser, implementert i medlemsstatene innen 31. januar 2006.³³

Direktivets artikkel 10 stipulerer at "[t]his Directive shall apply to public contracts awarded by contracting authorities in the field of defence, subject to Article 296 of the Treaty". Omfanget av hvilke anskaffelser som omfattes av direktivet avhenger derfor av fortolkningen av virkeområdet til artikkel 296.³⁴ En snever anvendelse av unntaksbestemmelsen innebærer at flere anskaffelser blir omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Ordlyden i det nye direktivets artikkel 10 er endret fra foregående direktiv for offentlige anskaffelsers artikkel 3 som lyder: "this Directive shall apply to all products [...] including those covered by contracts awarded by contracting authorities in the field of defence, except for the products to which Article 223 (1) (b) of the

³¹ Dette følger av artikkel 298 EF andre para.: "By way of derogation from the procedure laid down in Articles 226 and 227, the Commission or any Member State may bring the matter directly before the Court of Justice if it considers that another Member State is making improper use of the powers provided for in Articles 296 and 297. The Court of Justice shall give its ruling in camera".

³² Denne vurderingen er basert på anskaffelsesregelverket for Forsvaret (ARF) punkt 1.2.4.

³³ Europaparlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. Publisert i Official Journal L 134, 30/04/2004 P. 0114 – 0240. Det gamle direktivet opphørte, i tråd med artikkel 80 i direktivet, å gjelde 31. januar 2006 og ble erstattet av det nye direktivet.

³⁴ Trybus 2004:199.

EEC Treaty applies".³⁵ Den direkte henvisningen til varer innebærer at bestemmelsen utgjør et automatisk unntak for produktene på 1958-listen.³⁶ Dette står i motsetning til den endrede ordlyden i det nye direktivets artikkel 10 hvor det henvises generelt til bestemmelsene i artikkel 296 EF. Det er altså bare der alle vilkårene for å påberope unntaket i 296 er oppfylt at anskaffelsesdirektivet ikke kommer til anvendelse. Det kan dermed virke som unntaket for forsvarsanskaffelser i det nye direktivet er snevret inn ettersom artikkel 10 tilsier at direktivet ikke automatisk unntar forsvarsanskaffelser fra dets virkeområde.³⁷

Også artikkel 14 og 15 i det nye direktivet inneholder bestemmelser som er relevante for virkefeltet til artikkel 296. Artikkel 14³⁸ gir bestemmelser om hemmeligholdelse og sikkerhetsunntak og stipulerer at direktivet ikke gjelder for kontrakter som er hemmelige eller når vesentlige sikkerhetsinteresser står på spill.³⁹ Artikkel 15 åpner for å unnta internasjonale avtaler fra virkeområdet til direktivet. Disse bestemmelsene er uendrede fra forhenværende direktiv. Det vil ta tid før konklusjoner kan trekkes om hvor godt det nye direktivet er egnet til forsvarsanskaffelser.⁴⁰

3.2.1 Funksjonene til det offentlige anskaffelsesregelverket

Regelverket for offentlige anskaffelser har i hovedsak fire funksjoner. For det første gjelder kravet om *publisitet*. Dette innebærer at potensielle leverandører skal få kjennskap til det offentliges etterspørsel etter visse varer og tjenester. Anskaffelsene skal derfor publiseres i bestemte publikasjoner. For det andre gjelder krav om *likebehandling* av leverandører. Konkurransen om kontrakter skal skje på like betingelser. Beskrivelsen av det som skal anskaffes må understøtte dette, være gjensidig anerkjennende og på denne måten ikke utelukke utenlandske leverandører. For det tredje kommer kravet om *etterprøvbarhet*, kontroll og reaksjon. Dermed sikres det at regelverket for offentlige anskaffelser følges, og at det kan kontrolleres om anskaffelsene gjøres i overensstemmelse med de nedfelte reglene. Sist kommer kravet om *gjennomsiktighet*. Alle sider ved anskaffelsen skal være synbar.⁴¹

Tildelingskriterier reguleres i det offentlige anskaffelsesregelverket. Hvilke kriterier som kan benyttes har betydning for muligheten til å benytte gjenkjøpsavtaler. Tildelingskriteriene begrenser myndighetenes mulighet til å vektlegge kriterier som ikke er knyttet til selve leveransen. Ifølge bestemmelsen skal anskaffelsen som i utgangspunktet gir "utelukkende laveste pris" eller som "samlet sett er det økonomisk sett mest fordelaktige" velges. Med andre

³⁵ Rådsdirektiv 93/36/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts. Publisert i Official Journal L 199, 9.8.1993, p. 1–53.

³⁶ Trybus 2004:201.

³⁷ Trybus 2004:201.

³⁸ Artikkel 14 i direktiv 2004/18/EC lyder: "Secret contracts and contracts requiring special security measures. This Directive shall not apply to public contracts when they are declared to be secret, when their execution must be accompanied by special security measures in accordance with the laws, regulations or administrative provisions in force in the Member State concerned, or when the protection of the essential interests of that Member State so requires".

³⁹ Norge bad i sin tilbakemelding på grønnboken om at Kommisjonen utdypet forholdet mellom artikkel 296 og artikkel 14 i det nye direktivet (2004/18/EC).

⁴⁰ For en vurdering av betydningen av 2004 direktivet for markedet for forsvarsanskaffelser, se Trybus 2004.

⁴¹ Sejersted et al. 2004:623-631.

ord kan kun forhold som kan knyttes opp mot den økonomiske vurderingen vektlegges ved en tildeling.

Ut ifra dette kan det slutes at gjenkjøp antakelig ikke kan vektlegges som tildelingskriterium. Dette synes klart der kriteriet om ”utelukkende laveste pris” anvendes. Likeledes antas dette å gjelde når det legges vekt på hvilket tilbud som totalt sett er det økonomisk mest fordelaktige. Dette henger sammen med at kriteriene som benyttes for å vurdere hva som er mest økonomisk fordelaktig skal ha tilknytning til kontraktgjensstanden.

3.3 Statsstøtte

Nasjonale myndigheter som utfører offentlige innkjøp kan tenkes å ha en genuin interesse av å gi kontrakter til nasjonale leverandører. På denne måten bidrar myndighetene til å støtte og opprettholde nasjonal industri og næringsliv. Ulempen ved en sådan politikk er at prisen myndighetene betaler kan overgå gjeldende markedspris.

Fellesskapsretten søker å hindre slik konkurransevridding ved å sikre like konkurransevilkår for produsenter og tilbydere i det indre markedet. EF-traktaten gir derfor forbud mot konkurransevriddende statsstøtte, spesifisert i artiklene 87-89 EF.⁴² Tilsvarende regler finnes i EØS-traktaten artikler 61–64.

Forbudet mot konkurransevriddende statsstøtte rammer situasjoner hvor en medlemsstat, gjennom bruk av statsmidler, påvirker samhandelen mellom statene. Statsstøtteregler bidrar til å sikre like konkurransevilkår gjennom å sørge for at medlemsstatene ikke behandler markedsaktørene ulikt.⁴³ Å betale mer enn markedspris for en anskaffelse kan derfor rammes av statsstøttereglene. Det samme gjelder gjenkjøpsavtaler, ikke bare fordi slike avtaler kan overgå markedspris, men også fordi statsmidler aktivt benyttes for å skaffe egne bedrifter oppdrag. Den nasjonalt støttede leverandøren settes slik i en gunstigere posisjon enn konkurrerende foretak i andre stater.

Gjenkjøpsordninger er ikke regulert direkte i EF-traktaten. Likevel kan både traktatens bestemmelser om ulovlig statsstøtte og sekundærlovgivningen om offentlige anskaffelser ha betydning for gjenkjøp. Det kan også tenkes at andre av EF-traktatens bestemmelser om det indre marked setter grenser for statens bruk av gjenkjøpsavtaler. Spesielt gjelder dette bestemmelsene om fri bevegelighet av varer og tjenester. For å benytte gjenkjøpsavtaler ved anskaffelser er statene derfor avhengige av å kunne gjøre unntak fra de regler som gjelder for det indre markedet. For forsvarsanskaffelser er som sagt denne unntaksregelen gitt i EF-traktaten artikkel 296.

⁴² Artikkel 87(1) EF lyder: ”Save as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market”.

⁴³ Sejersted et al. 2004:581 om artikkel 87-89 EF.

3.4 EØS-avtalen artikkel 123

Norske anskaffelser av forsvarsmateriell er underlagt reglene for det indre markedet som følge av EØS-avtalen artikkel 123. Artikkelen tilsvarer fellesskapstraktaten artikkel 296.⁴⁴ EUs direktiv for offentlige anskaffelser, er inkorporert i norsk lovgivning gjennom Lov om offentlige anskaffelser (LOA).⁴⁵ Dette betyr at anskaffelser som gjøres innenfor reglene for EUs indre marked er regulert gjennom LOA. EØS-avtalen artikkel 123 gir, tilsvarende artikkel 296 i fellesskapstraktaten, Norge mulighet til å unnta anskaffelser fra det indre markedet. Norge kan ifølge unntaksbestemmelsen dermed unnta anskaffelser av spesifikt militært utstyr, for forskning som er uunnværlig for forsvarsformål eller anskaffelser som innebærer håndtering av informasjon som er av vesentlig sikkerhetsmessig betydning.⁴⁶

Disse anskaffelsene er i Norge regulert gjennom anskaffelsesregelverket for Forsvaret (ARF) som i sin helhet gjelder for anskaffelser som er unntatt fra Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) og Lov om offentlige anskaffelser (LOA).⁴⁷ Denne reguleringen er særnorsk i den forstand at den ikke har sitt utspring i EØS-avtalen. ARF har ingen bestemmelser for gjenkjøpsordninger. Derimot omfatter kravene for anskaffelsen konkurranseprinsippet; hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet, samt objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Videre fastsetter ARF at "[v]ed anskaffelser på unntaksområdet (art. 123 eller annen hjemmel) kan anskaffelsesmyndigheten fravike helt eller delvis disse kravene når andre hensyn krever det". Bestemmelsen åpner således for bruk av gjenkjøp gjennom formuleringen "når andre hensyn krever det".

Endrede og nye rettsakter vedtatt i EU som omfattes av EØS-avtalen gjelder som sagt også for Norge. EU-lovgivningen inkorporeres i norsk rett. Dette innebærer at endringer i fellesskapstraktaten artikkel 296 vil medføre tilsvarende endringer for EØS-avtalen artikkel 123.

3.5 Grønnboken om forsvarsanskaffelser

Europakommisjonen publiserte i september 2004 en grønnbok⁴⁸ om forsvarsanskaffelser med hensikt å konsultere EUs medlemsland, tredjeland og andre interessenter om fremtidig regulering på området. Kommisjonen ser et behov for å klargjøre eksisterende lovgivning og uttrykker et ønske om å innskrenke virkefeltet til artikkel 296. Det overordnede målet er å utvikle et europeisk marked for forsvarsanskaffelser for å fremme konkurransedyktigheten og kommersielle muligheter for europeiske bedrifter. Kommisjonen legger frem to forslag. For det

⁴⁴ Selv om artikkel 123 er tilsvarende artikkel 296 EF er den ikke hentet fra sistnevnte artikkel. Derimot er "[b]estemmelsen [artikkel 123 EØS] [...] – med enkelte tillegg i bokstav c, bl.a. om indre uro – EFTA-landenes frihandelsavtaler med EF, ikke fra EF-traktaten art. 296" (Bull 2005: hentet fra Kommentar til EØS-loven Norsk lovkommentar 2005:2234-2235).

⁴⁵ Det nye direktivet for offentlige anskaffelser (2004/18/EC) er inkorporert i LOA og trådte i kraft 30. juni 2006.

⁴⁶ Se Warberg 2006:18.

⁴⁷ ARF punkt 1.2.4 sier at "[d]et primære virkeområde for ARF er anskaffelser hvor unntakene etter LOA eller FOA kan påberopes. I disse tilfellene gjelder regelverket i sin helhet".

⁴⁸ Ifølge Europakommisjonen er en grønnbok (green paper) et dokument som søker å stimulere til debatt og lansere en konsultasjonsprosess på europeisk nivå om et bestemt emne. Dette kan ende i utforming av praktiske forslag for handling. Se Europa Glossary. Hjemmeside: http://www.europa.eu/scadplus/glossary/index_en.htm [2. august 2006].

første ønsker Kommisjonen å klargjøre det eksisterende juridiske rammeverket ved å utrede bruken av artikkel 296 gjennom å se på anvendelse og rettspraksis. Denne utredningen, som vil ta form som en meddelelse⁴⁹, er under arbeid og vil ferdigstilles innen utgangen av 2006. Meddelelsen er ikke juridisk bindende, men forklarer de eksisterende regler og prinsipper. Grønnbokens andre hovedtanke omfatter muligheten og behovet for å utvikle et juridisk virkemiddel som tydeligere avgrensner hva som faller innenfor artikkel 296 og hvordan et indre marked for forsvarsanskaffelser skal fungere. Kommisjonen fremmer muligheten for å utarbeide et direktiv hvor et sett av regler og prosedyrer for slike anskaffelser presiseres. Kommisjonen har, i forbindelse med gjennomgangen av det eksisterende regelverket, startet et forberedende arbeid knyttet opp mot et eventuelt direktiv.

3.5.1 Tilbakemelding på Grønnboken

Kommisjonen gjennomførte i forbindelse med grønneboken en høringsrunde hvor medlemsstatene ble bedt om å komme med tilbakemelding på bokens innhold. I etterkant av høringsrunden kom Kommisjonen i desember 2005 med en meddelelse hvor innspillene fra interessenter oppsummeres.⁵⁰ Det ble gitt førti innspill hvorav 16 fra EUs medlemsstater.⁵¹ Basert på innspillene og visjonene for europeisk samspill i forsvarsmarkedet konkluderer Kommisjonen med at europeisk samarbeid vil fremme koordinering av militær leveringsevne, bedre utnyttelsen av forsvarsutgifter og konkurransedyktigheten til det europeiske industrielle og teknologiske forsvarsgrunnet. Hovedelementene i tilbakemeldingene kan oppsummeres i følgende punkter:

- Unntaksbestemmelsen i artikkel 296 vil bestå i overskuelig fremtid. Utarbeidelsen av et eventuelt direktiv for forsvarsanskaffelser vil ikke ha implikasjoner for unntaksbestemmelsene i artikkel 296.
- Gjeldende regelverk for offentlige anskaffelser anses som utilstrekkelig og ikke tilpasset særtrekk ved forsvarsmarkedet. Tildelingskriteriene reflekterer kun tekniske, økonomiske og finansielle aspekter uten å ta hensyn til forsyningssikkerhet, konfidensialitet og nødvendighet.
- En utredning og klargjøring av gjeldende lovgivning knyttet til artikkel 296 er ønskelig. Dette er i tråd med medlemsstatenes synspunkt.⁵²
- Hovedtyngden av respondentene stiller seg negative til utviklingen av et direktiv på gjeldende tidspunkt, men er åpne for en mulig fremtidig lovgivning tilpasset anskaffelser om dette skulle vise seg å være nødvendig for å nå de overstående målene om økonomisk effektivitet og teknologisk utvikling.

⁴⁹ En fortolkende meddelelse sier hvordan EF-retten er etter Kommisjonens syn. Den gir bare uttrykk for én rettsoppfatning og binder ikke noen andre enn Kommisjonen.

⁵⁰ Europakommisjonen (2005): COM 2005/626: "Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives", Brussel 6. desember 2005.

⁵¹ Det er viktig å påpeke at ni av EUs medlemsstater ikke gav en offisiell tilbakemelding på grønneboken. Utvalget er derfor ikke uttømmende. Av de gamle medlemsstatene, EU-15, deltok ikke Belgia, Luxembourg og Irland i konsultasjonen. Blant de nye medlemsstatene, EU-N10, deltok Tsjekkia, Litauen, Ungarn og Polen. Også Norge kom med innspill til høringen av grønneboken.

⁵² Italia deler ikke synet om at fortolkning er ønskelig.

- Det er generell prinsipiell enighet om at gjenkjøpregimer ikke er ønskelig. Samtidig påpekes viktigheten av gjenkjøp for land med små- og mellomstore bedrifter, samt betydningen av ordningen når det gjelder internasjonale anskaffelser.

3.5.2 Klargjøring av regelverk vs. direktiv for forsvarsanskaffelser

Kommisjonens to forslag vil i de neste delene vies ytterligere oppmerksomhet. Fordi klargjøring av eksisterende regelverk er en pågående prosess er det begrenset hvilke slutninger som kan trekkes på nåværende tidspunkt.

3.5.3 Klargjøring av eksisterende regelverk - Artikkel 296

Hensikten med gjennomgangen av medlemsstatenes anvendelse av, og rettpraksis knyttet til, artikkel 296 er å avklare dens anvendelsesområde. Meddelelsen ventes å bedre medlemsstatenes anvendelse av eksisterende regelverk. Den vil klargjøre når forsvarskontrakter kan avvike fra reglene for det indre markedet og dermed unntas fra direktivet om offentlige anskaffelser. Kommisjonen vil etablere kriterier som fastslår under hvilke forutsetninger vilkårene for anvendelse av unntaksbestemmelsen i artikkel 296 EF er oppfylt.⁵³ Det gjeldende direktivet for offentlige anskaffelser fortsetter å gjelde for forsvarsanskaffelser som ikke kan unntas som følge av artikkel 296 EF. Meddelelsen vil etterfølges av en konsekvensanalyse som har til hensikt å klargjøre fortolkningens betydning.

EF-domstolens rettspraksis vil stå sentralt i Kommisjonens gjennomgang. En dom som ventelig vil være av betydning er saken *Spania v. Kommisjonen* fra 1999.⁵⁴ *Spania* unntok en anskaffelse av forsvarsmateriell fra merverdiavgift med den begrunnelse at anskaffelsen ble ansett som vesentlig for rikets sikkerhet. Dette er i strid med lovgivningen for EUs indre marked som gjennom et direktiv pålegger merverdiavgift for all import med mindre den er unntatt som følge av direktivets unntaksbestemmelser.⁵⁵ EF-domstolen fant i sin dom ikke grunnlag for anvendelse av artikkel 296 i dette tilfellet og slo fast at "[i]t follows that the VAT exemptions are not necessary in order to achieve the objective of protecting the essential interests of the security of the Kingdom of Spain".⁵⁶

EF-domstolens dom kan ses å ha klargjort forståelsen av unntaksbestemmelsen. Det er derimot tvilsomt om dommen har medført en signifikant endring i praksis.⁵⁷ EF-domstolen beveget seg i *Spania v. Kommisjonen* inn på området for hva som skal karakteriseres som nasjonale sikkerhetsspørsmål. Domstolen fastslo at *Spania* ikke hadde bevist at det var nødvendig for å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser å unnta en anskaffelse for merverdiavgift.⁵⁸ Selv om denne saken

⁵³ Europakommisjonen (2005): MEMO/05/467: "Frequently asked questions - New Commission initiatives on more open and efficient defence procurement", Brussel 6. desember 2005.

⁵⁴ Sak C-414/97, Europakommisjonen v *Spania*.

⁵⁵ Rådskonklusjon 77/388/EEC on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment. Publisert i Official Journal L 145, 13/06/1977 s. 0001 – 0040.

⁵⁶ Sak C-414/97, Europakommisjonen v *Spania*.

⁵⁷ Trybus 2006:674.

⁵⁸ Domstolen sier i dommen at "it is for the Member State which seeks to rely on those exceptions [article 30 EC, 39 EC, 46 EC, 296 EC and 297 EC] to furnish evidence that the exemptions in question do not go beyond the limits

kan virke opplagt er det uklart i hvilken grad domstolen videre vil bevege seg inn på virkeområdet til artikkel 296. Mens domstolen formelt har kompetanse til å avsi dommer med implikasjoner for virkeområdet til artikkel 296, er det uklart i hvilken grad den vil finne ugyldig hva en stat karakteriserer som vesentlige tiltak for nasjonal sikkerhet. Hvis domstolen reserverer seg fra å vurdere hvorvidt en anskaffelse er riktig i henhold til artikkel 296 vil en eventuell presisering av artikkelen bare kunne vedtas ved endring av traktaten. Med bakgrunn i medlemsstatenes uttalelser i høringsuttalelsen til grønnboken ses det som mindre sannsynlig at en slik presisering vil finne sted i nærmeste fremtid.⁵⁹

Kommisjonens gjennomgang ventes å presisere innholdet i bestemmelsene i artikkel 296 og slik bygge på gjeldende rettspraksis. Det er derfor sannsynlig at Kommisjonen kommer frem til at bruken av artikkel 296 må være proporsjonal, dvs. nødvendig for beskyttelse av nasjonale sikkerhet, brukt i god tro uten andre mulige alternativer og med minst ugunstig effekt for det indre markedet.⁶⁰ Prinsippene vil reflektere Kommisjonens syn, men ikke være juridisk bindende. Gjennomgangen vil ikke endre den gjeldende fellesskapsretten eller harmonisere nasjonale regler for forsvarsanskaffelser.⁶¹ Kommisjonen har verken kompetanse til å definere hva som ligger i en stats vesentlige sikkerhetsinteresser eller oppdatere 1958-listen. Kommisjonen har derimot mandat til å fremme et forslag til endring av listen, men denne må eventuelt vedtas ved enstemmighet i Ministerrådet. Det kan virke lite sannsynlig at medlemsstatene enes om en slik oppdatering.⁶²

Medlemsstatene deler i hovedsak Kommisjonens oppfatning om at en klargjøring av eksisterende regelverk ikke er tilstrekkelig for å oppnå en uniform og harmonisert anvendelse av artikkel 296.⁶³ Særtrekk ved forsvarsmarkedet gjør at forsvarsanskaffelser ikke kan ses som et juridisk anliggende på samme måte som andre offentlige anskaffelser. Forsvarsanskaffelser er tett knyttet til statenes suverenitet og er i stor grad et politisk spørsmål. Politisk enighet mellom medlemsstatene er dermed en forutsetning for harmonisering på området. En gjennomgang av rettsgrunnlag og rettspraksis vil ikke endre dette.

Kommisjonens meddelelse vil ventelig søke å innskrenke virkeområdet til unntaksbestemmelsen til artikkel 296. Grunnlaget for Kommisjonens overvåkning av bruken av unntaksbestemmelsen vil slik styrkes. Dette kan bidra til å begrense utilsiktet bruk av unntaksbestemmelsen.⁶⁴

of such cases. In the present case, the Kingdom of Spain has not demonstrated that exemptions provided for by the Spanish Law are necessary for the protection of the essential interests of its security". Sak C-414/97.

⁵⁹ En annen indikasjon på dette er at artikkel 296 EF ikke ble endret i forhandlingene som førte frem til forslaget om en forfatningstraktat for EU. Forfatningstraktatens tilsvarende bestemmelse finnes i artikkel III-436.

⁶⁰ European Union Institute for Security Studies 2005:22.

⁶¹ European Union Institute for Security Studies 2005:23.

⁶² Oppdatering av 1958-listen innebærer politisk vanskelige forhandlinger hvor medlemsstatene ventelig ønsker å inkludere egenprodusert forsvarsmateriell i listen. Som følge av artikkel 296(2) EF kan listen kun endres ved enstemmighet.

⁶³ Se Europakommisjonen (2005): COM 2005/626: "Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives", Brussel 6. desember 2005.

⁶⁴ The European Union Institute for Security Studies, et uavhengig forskningsbyrå tilsluttet EU, mener at hva meddelelsen vil inneholde avhenger av hvordan Kommisjonen ser mulighetene for å utarbeide et direktiv. Finner Kommisjonen det sannsynlig at medlemsstatene ønsker et direktiv vil meddelelsen kun minne om prinsippene

3.5.4 Mulig direktiv for forsvarsanskaffelser

Kommisjonens andre hovedtanke i grønnboken er muligheten for å utvikle et rettslig instrument for forsvarsanskaffelser. Utarbeidelsen av et eventuelt direktiv er underordnet traktaten og den/de hjemler som her gis. Det ses som sannsynlig at et slikt direktiv vil ha hjemmel i artikkel 95 EF.⁶⁵ Artikkelen gir hjemmel for bestemmelser som vedrører det indre markedets opprettholdelse og funksjon.

Det er Kommisjonen som i første rekke vil foreslå et eventuelt direktiv for forsvarsanskaffelser. Direktivet må deretter vedtas av EUs lovgivere etter de prosedyrer som følger av rettsgrunnlaget for lovtæksten. For artikkel 95 er dette codecision-prosedyren som krever enighet mellom Ministerrådet og Europaparlamentet.⁶⁶ Lovgiveren(e) kan også velge å forkaste et forslag til direktiv.

I dag faller som sagt forsvarsanskaffelser, som ikke er unntatt som følge av artikkel 296, inn under fellesskapets lovgivning om offentlige anskaffelser. Et nytt direktiv vil omfatte anskaffelser som ikke inngår i direktivet om offentlige anskaffelser og som ikke unntas som følge av artikkel 296. Ifølge Kommisjonen vil et direktiv som tar hensyn til særtrekk ved forsvarsmarkedet være bedre egnet for å regulere markedet når regelverket for offentlige anskaffelser og unntaksbestemmelsen i artikkel 296 ikke kan benyttes. Kommisjonen ser fire grunner til at artikkel 296, sammen med direktivet for offentlige anskaffelser, ikke er fullgode for forsvarsanskaffelser:

- Publisering av anbudsprosedyrer i *Official Journal of the European Union* sikrer ikke den konfidensialitet som anskaffelser knyttet til forsvaret krever.
- Prosedyrene for forhandlet kjøp⁶⁷, som anses som eneste egnede prosedyre, er for snevre og ikke tilstrekkelig definert.
- Tildelingskriteriene for kontrakter ses å være basert kun på tekniske, økonomiske og finansielle aspekter. Det tas ikke hensyn til forsyningssikkerhet, konfidensialitet og nødssituasjoner.
- Reglene for tekniske spesifiseringer, tidsfrister og oppfølgende kontrakter er ikke tilfredsstillende.

Med et nytt direktiv ønsker Kommisjonen å overkomme slike hindre. Den mener et nytt direktiv vil bidra til at mer spesifikke og tilpassede regler etableres for tildeling av forsvarskontrakter enn tilfellet er i dag. Et direktiv vil slik medføre 1. *større rettslig sikkerhet* ettersom det klarere

utledet av domstolen og referere til direktivet for offentlige anskaffelser (European Union Institute for Security Studies 2005:51).

⁶⁵ Artikkel 249 EF fastsetter hva som menes med et direktiv: "Et direktiv er med hensyn til det tilsiktede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nasjonale myndigheter, at bestemme form og midler for gjennomføringen".

⁶⁶ Bestemmelsene for codecision-prosedyren er nedlagt i artikkel 251 EF.

⁶⁷ Forhandlet kjøp tillater bevilgende myndigheter å velge leverandører på grunnlag av definerte kriterier og forhandle med dem (den) for å sammen komme frem til innholdet i et tilbud. Forhandlet kjøp finnes med og uten publisering (European Union Institute for Security Studies 2005:15).

skilles mellom kontrakter som er omfattet av eksisterende og nytt direktiv, samt de som ikke er underlagt fellesskapsretten, 2. *mer informasjon* om kontrakter og slik bidra til å åpne markedene og til likestilling av europeisk industri og 3. *større fleksibilitet*.⁶⁸

Kommisjonen presiserer både i grønboken og den påfølgende meddelelsen at unntaksbestemmelsen i artikkel 296 ikke vil rikes ved i et eventuelt direktiv. Medlemsstatene vil slik fortsatt kunne unnta kontrakter med vesentlige sikkerhetsinteresser fra bestemmelsene for det indre markedet.

3.5.4.1 Medlemsstatenes holdinger til et eventuelt direktiv

Medlemsstatene gir i tilbakemeldingen til grønboken uttrykk for at eksisterende lovgivning for offentlige anskaffelser ikke er tilpasset forsvarsmarkedet.⁶⁹ Det pekes på at et nytt direktiv vil bidra til å åpne markedet, medføre mer gjennomsiktighet og slik bedre den økonomiske effektiviteten. Likevel stiller medlemsstatene seg i hovedsak negative til utarbeidelsen av et direktiv på nåværende tidspunkt.

Dette henger sammen med at et direktiv ikke vil fjerne vanskelighetene med å definere hva som faller innenfor unntaksbestemmelsen i artikkel 296 EF. Et direktiv vil ikke regulere eller harmonisere nasjonale anskaffelsesregler som gjelder for forsvarsanskaffelser som ikke reguleres gjennom bestemmelsene for det indre markedet. Derimot vil et direktiv være juridisk bindende og regulere områder tett knyttet til statenes suverenitet. Det er derfor ikke ventelig at EUs medlemsland vil, eller ønsker å bli enige om, en serie bindende regler og prosedyrer slik et direktiv for forsvarsanskaffelser krever.

Selv om fremtidsutsiktene for et direktiv for forsvarsanskaffelser er begrenset på kort sikt, stiller medlemsstatene seg mer åpne til utarbeidelsen av et slikt på lengre sikt.⁷⁰ EUs medlemsstater gav i høringsuttalelsene tilbakemelding på hvordan et slikt direktiv bør utformes. Avklaring av et eventuelt direktivs omfang, prosedyrer for regulering og publisering av kontrakter, samt tildelingskriterier ble her kommentert.

Direktivets omfang: Kommisjonen foreslår i grønboken at direktivets omfang kan defineres gjennom en generell definisjon av det militære utstyret som inngår i dets virkeområde, eventuelt akkompagnert av en liste. Listen kan være identisk med 1958-listen eller oppdateres.⁷¹ Flertallet av medlemsstatene synes i utgangspunktet å støtte Kommisjonens forslag, bortsett fra Storbritannia og Frankrike, som ikke deler flertallets posisjon. Frankrike mener det bør utvikles en spesifikk innretning som tar hensyn til sikkerhet, forsvar og suverenitet, mens Storbritannia

⁶⁸ Europakommisjonen (2004): COM 2004/608 final s. 10: "Grønboken om forsvarsanskaffelser", Brussel 23. september 2004.

⁶⁹ Danmark og Tyskland mener gjeldende direktiv er tilstrekkelig mens Finland påpeker at det er for tidlig å si hvordan det nye direktivet for offentlige anskaffelser vil påvirke forsvarsanskaffelser ettersom dette var i implementeringsfasen på tidspunktet for høringsrunden knyttet til grønboken.

⁷⁰ Kun Tyskland stiller seg negativ til et nytt direktiv og unnlot derfor i høringsrunden å svare på alle spørsmål rettet mot utformingen av et fremtidig direktiv.

⁷¹ Så lenge 1958-listen ikke endres vil man dermed ha to lister, tildels overlappende, å forholde seg til (European Union Institute for Security Studies 2005:27).

mener en ny definisjon ikke er ønskelig og viser til vanskeligheter knyttet til å oppnå enighet mellom 25 medlemsland om en eventuell liste. En liste alene vil kategorisk si hva som faller inn under artikkel 296 og dermed være rigid.

Samtlige medlemsland, bortsett fra Frankrike, mener unntak fra et eventuelt direktivs virkeområde bør defineres. Mens hovedtyngden av medlemslandene ser en liste som løsning, mener Sverige og Finland at en definering av unntak tilhører nasjonal kompetanse og ikke hører hjemme i EU. Når det gjelder hva som skal unntas et direktiv er det varierte syn blant medlemsstatene. 1958-listen⁷², unntakene under WEAG⁷³, en egendefinert liste⁷⁴, ingen unntak⁷⁵ og at dette er innenfor statenes kompetanse⁷⁶ er de nevnte alternativene. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt en unntaksliste, som ikke tilsvarer 1958-listen, vil være kompliserende ettersom direktivet ikke har implikasjoner for unntaksbestemmelsen i artikkel 296.

Prosedyrer for, og publisering av, planlagte anskaffelser: Kommisjonen anser det som viktig at gjennomsiktighet og ikke-diskriminering sikres i prosedyrene for forhandlet kjøp. Forhandlet kjøp, med forutgående publisering av planlagte anskaffelser, foreslås som hovedregel. Samtidig forutsettes det at ikke-publisering kan benyttes i tilfeller hvor unntak nedfelt i direktiv eller nasjonal lovgivning tillater dette. Medlemsstatene deler Kommisjonens syn, men understreker viktigheten av å kunne ta i bruk forhandlet kjøp uten publisering hvis dette anses som nødvendig.⁷⁷

Tildelingskriterier bør ifølge Kommisjonen sikre ikke-diskriminering og lik behandling av tilbydere. Samtidig bør særtrekk ved forsvarsanskaffelser, som konfidensialitet og forsynings-sikkerhet, tas hensyn til. Medlemsstatene fremhever betydningen av å ta hensyn til særtrekkene ved forsvaret. Finland trekker i tillegg frem geografisk posisjon som et viktig element ved en tildeling og viser til historiske forhold.

3.5.4.2 Mot et nytt direktiv for forsvarsanskaffelser?

Hvorvidt et direktiv for forsvarsanskaffelser vil bli utarbeidet avhenger av flere faktorer. Medlemsstatene må se behovet for, og gevinsten av, et direktiv før de går inn for det. Samtidig arbeider Kommisjonen hardt for å samle medlemsstatene om et eventuelt arbeid. Klarer Kommisjonen å overbevise medlemsstatene vil dette være av betydning. Mye avhenger i første rekke av den kommende fortolkningsmeddelelsen. Dette diskuteres videre i kapitel 5.

Hvordan EDA-samarbeidet viser seg å fungere vil også ha betydning for behovet for et direktiv om forsvarsanskaffelser. Det kan synes som om EDA ønsker å påta seg oppgaver som normalt

⁷² Spania.

⁷³ Storbritannia.

⁷⁴ Polen, Portugal, Litauen, Ungarn, Østerrike og Tsjekkia.

⁷⁵ Frankrike.

⁷⁶ Sverige og Finland.

⁷⁷ Forhandlet kjøp uten publisering ble sett som nødvendig når det gjelder: rettigheter til intellektuell eiendom, tekniske årsaker som gjør at et anbud kun kan tilfalle en aktør, viktige investeringer, spesifikke installasjoner, sikkerhet, spesiell kjennskap og nødvendigheten for å utvikle en innovativ teknologi som bygger på leverandørens.

ville falle innenfor fellesskapets pilar én. Flere av medlemsstatene stiller seg positive til at EDA anvender et eventuelt direktiv for forsvarsanskaffelser. Dette kan tyde på at medlemsstatene finner temaet sensitivt og foretrekker mellomstatlig samarbeid. Får medlemsstatene det mellomstatlige samarbeidet under EDA til å fungere kan dette være med å hindre utviklingen av et forpliktende samarbeid under pilar én i Maastricht-traktaten.

3.5.5 En tredje vei: UK non-paper

Storbritannia la i forbindelse med høringsrunden av grønnboken frem et non-paper hvor de skisserer et alternativ til Kommissjonens to forslag.⁷⁸ Britene mener den beste løsningen for å oppnå et åpnere forsvarsmarked vil finne sted med et frivillig, ikke-regulert samarbeid hvor medlemsstatene utvikler en kodeks for de militære anskaffelser som faller inn under unntaksbestemmelsene i artikkel 296. På denne måten forplikter medlemsstatene seg til frivillig å bidra til gjennomsiktighet og åpenhet gjennom å oppta et sett av regler som igjen vil bedre markedstilgangen og konkurransedyktigheten. Storbritannias forslag gjenspeiler mye av den utviklingen som de siste par årene har funnet sted innenfor rammeverket til EDA. Hvordan britenes løsning tar form gjennom EDA-samarbeidet diskuteres i neste kapittel.

4 DET EUROPEISKE FORSVARSBYRÅET (EDA)

Det europeiske forsvarsbyrået, EDA, ble etablert 1. januar 2005,⁷⁹ og skal koordinere og fremme europeisk samarbeid innenfor planlegging og utvikling av militære kapasiteter, forskning og utvikling, materiellsamarbeid og industri og marked.⁸⁰ Forsvarsbyrået er dermed en sentral aktør for å oppnå målsetningene i EUs sikkerhetspolitiske strategi og ESDP. Dette underbygges i artikkel 2 i "Felles handling"⁸¹, avtalen som etablerer EDA, som fastsetter at forsvarsbyrået skal "support the Council and the Member States in their effort to improve the EU defence capabilities in the field of crisis management and to sustain the ESDP as it stands now and develops in the future".

Som et mellomstatlig organ er EDA underlagt den andre pilaren i EU. Forsvarsbyrået ledes av et styringsorgan som møtes i flere formasjoner hvorav to ganger årlig på forsvarsministernivå. Her møter en representant fra hvert deltakende land, samt en representant fra Kommissjonen uten stemmerett. Javier Solana, EUs høyrepresentant for utenrikssaker, leder EDA og er formann i styringsorganet. Forsvarsbyrået er hovedsaklig delt inn i fire direktorater: Kapasitetsdirektoratet;

⁷⁸ Frankrike gav i sin høringsuttalelse uttrykk for at de ønsker en løsning tilsvarende den Storbritannia skisserer.

⁷⁹ Opprettelsen av EDA kom som følge av et Rådsvedtak 12. juli 2004 (2004/551/FUSP). Rådsvedtaket ble gjort med hjemmel i Maastrichttraktatens pilar to.

⁸⁰ Dette fremgår av artikkel 3 (2004/551/FUSP) Felles handling som sier at "[t]he European Defence Agency (the Agency), which should be subject to the Council's authority and open to participation by all Member States, will aim at developing defence capabilities in the field of crisis management, promoting and enhancing European armaments cooperation, strengthening the European defence industrial and technological base (DTIB) and creating a competitive European defence equipment market, as well as promoting, in liaison with the Community's research activities where appropriate, research aimed at leadership in strategic technologies for future defence and security capabilities, thereby strengthening Europe's industrial potential in this domain".

⁸¹ Rådet Felles handling (joint action) (2004): 2004/551/CFSP on the establishment of the European Defence Agency. Publisert i Official Journal L 245, 17.7.2004, s. 17-28.

Forsknings- og teknologidirektoratet; Utrustningsdirektoratet og Industri- og Markedsdirektoratet.

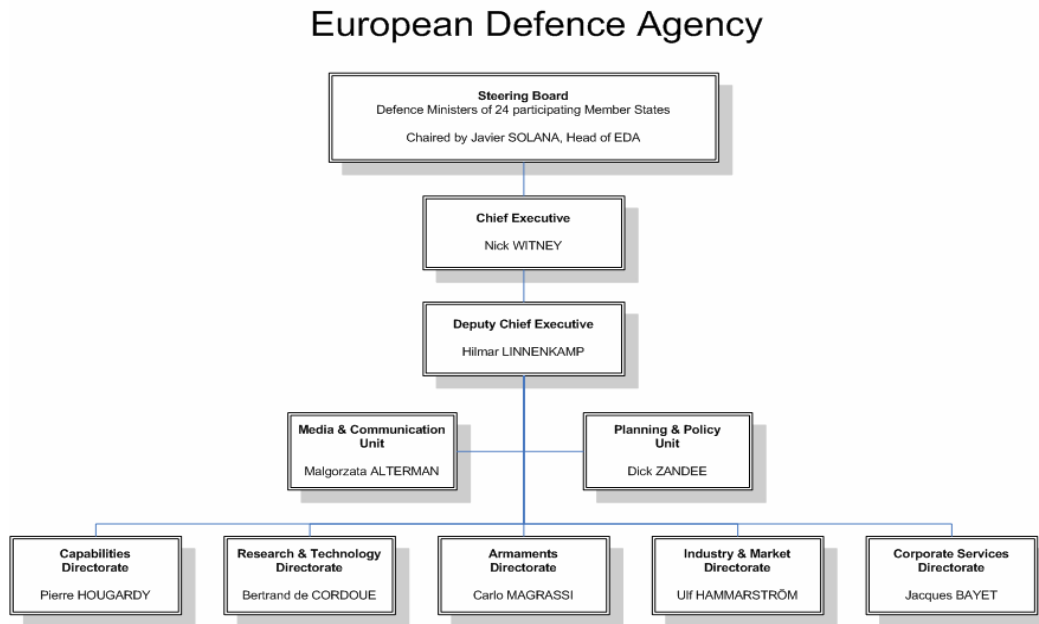


Figure 4.1: Organisatorisk kart over EDA strukturen. Kilde: <http://www.eda.europa.eu/edaOrgChart.htm>

Beslutninger tas med kvalifisert flertall som følge av artikkel 23(2) EU.⁸² Medlemsstatenes stemmer er veid og det kreves 2/3 av stemmene for å nå beslutningsdyktig flertall.⁸³ Hvis en medlemsstat "states that, for important and stated reasons of national policy, it intends to oppose the adoption of a decision to be taken by qualified majority, a vote shall not be taken".⁸⁴ Hvis dette oppstår vil enten Rådet bli bedt om å utstede retningslinjer til styringsorganet, eller styringsorganet kan selv, med kvalifisert flertall, bestemme seg for å sende saken til Ministerrådet. Rådet tar da beslutning ved enstemmighet.

Mens kvalifisert flertall utgjør et overnasjonalt trekk fordi det ikke kreves enstemmighet mellom medlemsstatene, er konsensus et generelt kjennetegn ved beslutninger som tas mellom EUs medlemsstater i ministerrådet. Det er derfor lite tenkelig at flertallsbeslutninger, selv om disse er mulige, vil benyttes hyppigere i EDA enn i Rådet. EDA-samarbeidet bygger på velvilje fra medlemsstatene, og det er vanskelig å ta beslutninger som ikke samler medlemsstatene i sensitive spørsmål som forsvarsanliggender.

EDA er ment å utfylle, ikke erstatte, forsvarsanskaffelsesorganene i medlemsstatene. Dette kommer ytterligere til uttrykk gjennom prinsippet om 'overført makt'. EDAs kompetanse er begrenset gjennom den makt medlemsstatene overfører organet. Byråets aktiviteter er nedfelt i EDAs Felles handling og endringer i denne vedtas av Rådet. Alle aktiviteter er dermed under-

⁸² Dette følger av artikkel 9(2) Felles handling 2004/551/CFSP.

⁸³ Stemmen er vektet som nedfelt i artikkel 205 EF.

⁸⁴ Artikkel 23(2) EU.

lagt Rådets autoritet.⁸⁵ Europaparlamentet, som EUs eneste direkte folkevalgte institusjon, er ikke involvert i prosessen rundt EDA. Forsvarspolitiske spørsmål knyttet til EDA, er dermed unntatt EUs overstatlige institusjoner og utenfor direkte folkelig kontroll. Heller ikke EF-domstolen har jurisdiksjon. Beslutninger er ikke juridisk bindende og kan ikke tas inn for domstolen.

22 medlemsstater har så langt valgt å ta del i EDA-samarbeidet. Danmark står utenfor ESDP og tar ikke del i EDA.⁸⁶ Spania deltar ikke ettersom de finner samarbeidet lite gunstig for sitt nasjonale forsvarsmarked. Også Ungarn har valgt å ikke ta del i forsvarsbyrået.⁸⁷ Spania og Ungarn har ikke utelukket muligheten for å gå inn i samarbeidet på et senere tidspunkt.⁸⁸

Som diskutert i bakgrunnskapitlet er det tatt flere initiativ for å fremme en sterkere integrering av de europeiske forsvarsmarkedene. WEAG/WEAO, OCCAR og LoI er organisasjoner med ulike medlemsbaser som alle søker å åpne markedene for materielle anskaffelser. Ifølge Felles handling, artikkel 25, skal EDA ”develop close working relations with the relevant elements of OCCAR, the LoI Framework Agreement, and WEAG/WEAO with a view to incorporate those elements or assimilate their principles and practices in due course as appropriate and by mutual agreement”.

Så langt har WEAG/WEAO blitt gradvis inkorporert i byrået. WEAG opphørte 23. mai 2005⁸⁹, mens WEAO overførte sine siste programmer til EDA 30. juni 2006. OCCAR og LoI er foreløpig ikke tilknyttet forsvarsbyrået, men vil ifølge formålsparagrafen i EDA Joint Action tilpasse seg forsvarsbyråets struktur. Hvorvidt dette kommer til å skje er uklart. Medlemmene i OCCAR og LoI har interesser som divergerer fra mange av de resterende medlemmene i EDA. Samtidig vil en opprettholdelse av organisasjonene medføre duplisering og fragmentering av EUs politikk på området.⁹⁰ Det vil slik ikke være samlet enighet om prosedyrer for militære anskaffelser som faller utenfor reglene om det indre markedet.

⁸⁵ Trybus 2006:685.

⁸⁶ Danmark har en såkalt opt-out fra den militære delen av ESDP. Dette innebærer at Danmark ikke kan bidra finansielt eller militært til operasjoner i EU regi. Danmark kan dermed heller ikke ta del i utformingen og implementeringen av beslutninger på EU-nivå som har militære implikasjoner. Se Danmarks Forsvarsdepartements hjemmesider: <http://forsvaret.dk/FMN/> [31. juli 2006].

⁸⁷ Tidsskriftet Countertrade & Offset skriver at årsaken til at Spania og Ungarn står utenfor EDA er mye knyttet til misforståelser rundt kodeksen om forsvarsanskaffelser og dens betydning for gjenkjøpsordningen. Tidsskriftet skriver at ”[i]t is not the EDA’s intention to recommend that offsets be abolished, only that there be a harmonised policy across Europe” (Countertrade & Offset, Vol. XXIV, No. 13, 10. juli 2006).

⁸⁸ EDA (2005): “Code of Conduct on Defence Procurement”, Brussel 21. November 2005. Hjemmeside: www.eda.europa.eu [3. August 2006].

⁸⁹ Trybus 2006:700.

⁹⁰ *Ibid.*

4.1 Kodeks for forsvarsanskaffelser

Medlemsstatene inngikk i november 2005 en avtale om en kodeks for forsvarsanskaffelser. Den overstående målsetningen er å få på plass et regime som vil øke gjennomsiktigheten og konkurransen på det europeiske forsvarsmarkedet. Dette vil styrke den globale konkurransedyktigheten til europeisk industri.⁹¹ Kodeksen gjelder de forsvarsanskaffelser som er unntatt det indre marked som følge av unntaksbestemmelsen i artikkel 296. Den vil derfor gjelde forsvarsmateriell som ikke er underlagt EFs direktiv for offentlige anskaffelser og vil i utgangspunktet være komplimenterende til Kommisjonens arbeid vedrørende artikkel 296.

KODEKS FAKTA	
Målsetning	Gjennomsiktighet og konkurranse når det gjelder forsvarsanskaffelser
Omfang	Kontrakter som kan unntas som følge av artikkel 296 EF
Terskel	Anskaffelser som overgår 1 million euro
Unntak	Atomvåpen og nukleære fremdriftssystemer, kjemiske, bakterielle og radiologiske varer og tjenester, kryptografisk utstyr Ved akutt operasjonell nødvendighet; oppfølgingsarbeid eller utfyllende varer og tjenester; ekstraordinære og tvingende årsaker for nasjonal sikkerhet
Deltakere	22 land (ikke Danmark, Spania og Ungarn)

Kilde: <http://www.eda.europa.eu/reference/eda/EDA%20-20Bulletin%2002.pdf>

Kodeksens virkeområde er begrenset til anskaffelser over en million euro. Samtidig kan medlemsstatene unnta anskaffelser i tilfelle ”pressing operational urgency: for follow-on work or supplementary goods and services; or for extraordinary and compelling reasons of national security”.⁹² Anvendes denne unntaksbestemmelsen kreves det at medlemsstaten forklarer seg overfor EDA som overvåker medlemsstatenes overholdelse av kodeksen. Unntaksmuligheten med den påfølgende forklaringsplikten refereres til som ”embarrassment clause”. EDA fordrer at denne klausulen medfører at anvendelse av unntaksbestemmelsen fra kodeksen reduseres ettersom forklaring av slik bruk kreves. Dette er del av kodeksens nøkkelprinsipper. Disse kan oppsummeres som følger:

- Frivillig, ikke-bindende tilnærming: Samarbeidet er ikke juridisk bindende og medlemsstatene kan frivillig velge å delta. En medlemsstat kan trekke seg ut når som helst. Det gis ikke sanksjoner hvis kodeksen ikke følges.
- Rettferdig og lik behandling av tilbydere: Gjennomsiktighet og likhet i informasjonstilgang sikres gjennom en webportal hvor kontrakter utlyses. Rettferdig og upartisk konkurranseutsetting oppnås gjennom gjennomsiktige, objektive og økonomisk fordelaktige tildelingskriterier; spesifiseringer og meddelelser om krav, samt tilbakemelding til tilbydere som ikke fikk kontrakten.
- Gjensidig ansvar og gjennomsiktighet: Et rapporterings og overvåkingssystem styrt av EDA sikrer overholdelse av kodeksen. Medlemsstatene rapporterer til EDA når anskaffelser unntas (embarrassment clause).

⁹¹ European Defence Agency (2006): Pressemelding: “Birth of European Defence Equipment Market with launch of Code of Conduct”, Brussel 30. juni 2006. Hjemmeside: www.eda.europa.eu [3. August 2006].

⁹² European Defence Agency (2005): Kodeks for forsvarsanskaffelser, Brussel 21. November 2005. Hjemmeside: www.eda.europa.eu [1. august 2006].

- Gjensidig støtte: Sterk gjensidig tillitt og avhengighet vil sikre forsyningssikkerhet. Hver medlemsstat skal gjøre alt som er mulig for å bistå og utføre hverandres anskaffelseskontrakter.
- Gjensidige fordeler ved deltakelse: Hvordan regimet vil fungere avhenger av om medlemsstatene finner det lønnsomt å delta. Kodeksen søker derfor å sikre at det også dras nytte av rettferdig konkurranse og fordeler nedover i produksjonskjeden. Jf. Kodeks for 'best practice' in the supply chain.

4.2 Kodeks: Best practice in the supply chain

Utover kodeksen for forsvarsanskaffelser har medlemmene i EDA også inngått avtale om en kodeks for 'best practice in the supply chain'. Denne har som mål å fremme økt konkurranse og like muligheter for alle tilbydere på tvers av medlemsstatene. Godene ved økt konkurranse ønskes utvidet til å også å gjelde små- og mellomstore bedrifter. Disse er ofte ikke er i stand til å by på kontrakter direkte, men kan ta del i anskaffelser som underleverandører.

Kodeksen forplikter tilsluttede medlemsstater til å maksimere rettferdige og like muligheter for alle tilbydere gjennom gjennomsiktige og objektive kriterier. Kodeksen søker derimot ikke å ta for seg spesifikt hvordan varer og tjenester tilbys og legger heller ikke ned kontraktsmessige vilkår. De overstående målene er å bedre kvaliteten, effektiviteten og å fremme en ensartet praksis i leveransekjeden for forsvarsanskaffelser. Hovedprinsippene for kodeksen fastlegger at:

- Hovedkontraktøren er ansvarlig for utvelgelsen og håndteringen av leveransekjeden. Nøkkverdier for forvaltning og tilbydere er rettferdighet, ærlighet og åpenhet, effektivitet og profesjonalitet.
- 'Frihet til å inngå kontraktsforhold' gjelder så sant lov eller kunde krav ikke pålegger annet. Kjøperes tildelingskriterier må tydeliggjøres på et tidlig tidspunkt og evalueringer basert på disse skal være objektive. Kjøpere skal gi forklaring om utvelgelsesutfallet til tilbydere om dette etterspørres.
- Kodeksen fremmer muligheter for kompetente tilbydere til å delta i konkurransen om anskaffelser.

Et system for overvåking og rapportering er etablert for å sikre gjensidig gjennomsiktighet og ansvarlighet. Systemet er i stor grad basert på en elektronisk bulleteng hvor anskaffelser publiseres. Med dette ønsker EDA å maksimere like og rettferdige forhold for alle tilbydere, samt fremme åpne og gjennomsiktige tildelingskriterier. Systemet er basert på at hovedkontraktøren informerer om hvilke leveranser den har publisert for underleverandører.

4.3 Implikasjoner av EDA-samarbeidet

Hvorvidt kodeksene vil føre til mer europeisk konkurranse om forsvarsanskaffelser avhenger av hvordan de implementeres og overholdes. Gjennom å forsøke å regulere forsvarsanskaffelser som unntas bestemmelsene for det indre marked som følge av artikkel 296, åpner kodeksen for at en betydelig del av markedet nå blir gjenstand for konkurranse. Samtidig unntas fortsatt en

del varer og tjenester kodeksens virkeområde. Særlig gjelder dette høyverdianskaffelser. Hvor mye medlemsstatene velger å unnta forsvarsanskaffelser fra kodeksens prinsipper har betydning for nytteverdien av å inngå et slikt samarbeid.⁹³

Det er knyttet usikkerhet til forholdet mellom fellesskapsretten og EDAs kodeks for forsvarsanskaffelser. Kommisjonen er av den oppfatning at kodeksen bare gjelder anskaffelser som er unntatt reglene for det indre markedet som følge av unntaksbestemmelsen i artikkel 296.⁹⁴ Kodeksen gjelder, etter Kommisjonens syn, derfor ikke anskaffelser som omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Anskaffelser som er unntatt fellesskapsretten etter artikkel 296 vil, med de tidligere påpekte unntakene, inngå i virkeområdet til EDAs kodeks. Dette medfører et komplekst system hvor det skilles mellom anskaffelser som gjøres som følge av:

1. fellesskapsrettens regulering av offentlige innkjøp, altså når bestemmelsen i artikkel 296 ikke påberopes eller når den ikke kan komme til anvendelse
2. unntaksbestemmelsen i artikkel 296 som unntar forsvarsmateriell fra reglene for det indre marked hvor EDAs kodeks ikke anvendes og
3. unntaksbestemmelsen i artikkel 296 som unntar forsvarsmateriell fra reglene for det indre marked hvor EDAs kodeks anvendes.

EDAs kodeks for forsvarsanskaffelser har ingen direkte juridisk betydning for fellesskapsretten og Kommisjonens kompetanse. Til tross for dette kan det tenkes at kodeksen vil overlappes med fellesskapets kompetanse for offentlige innkjøp.⁹⁵ Dette henger sammen med hvordan medlemsstatene vil anvende kodeksen. Uklarheten knyttet til hva som kan unntas fellesskapsretten som følge av fortolkningen av virkeområdet til artikkel 296 gjør at det foreløpig mangler rettesnorer for hvilke forsvarsanskaffelser medlemsstatene unntar. Som tidligere diskutert benyttes unntaksbestemmelsen som regelen heller enn unntaket. Det kan derfor tenkes at medlemsstatene anvender kodeksen på anskaffelser som Kommisjonen mener er underlagt fellesskapsretten. Velger medlemsstatene å utvide samarbeidet innenfor EDA, på bekostning av et forpliktende samarbeid innenfor fellesskapsretten, vil praksis knyttet til bruken av artikkel 296 endres. Denne utviklingen er avhengig av resultatene av det videre arbeidet med grønnboken og klargjøringen av gjeldende rett og praksis for artikkel 296.

Samarbeidet er frivillig og mellomstatlig. Det er ikke underlagt EF-domstolens jurisdiksjon, men er kun politisk bindende. Dette innebærer at anskaffelser som omfattes av kodeksen ikke kan tas inn for EF-domstolen. Det er derfor ingen juridisk bindende traktat som regulerer forsyningsikkerhet. En traktatforpliktelse er derimot inngått av LoI-landene, og har vært forsøkt inngått i WEAG, uten at dette har lyktes i særlig grad. Dette viser hvor vanskelig det er å få til bindende samarbeid mellom stater. Det kan tenkes at juridiske forpliktelser er nødvendige for at EDA skal kunne spille sin forespeilte rolle. Så lenge medlemsstatene ikke har juridiske forpliktelser er det fare for at insentivene er mangelfulle for å inngå forpliktende

⁹³ European Union Institute for Security Studies 2005:44.

⁹⁴ Europakommisjonen (2005): MEMO/05/467: "Frequently asked questions - New Commission initiatives on more open and efficient defence procurement", Brussel 6. desember 2005.

⁹⁵ Trybus 2006:690.

samarbeid. Hvorvidt et forpliktende samarbeid vil inngås i EDA i nær fremtid er usikkert.

Forsvarsmateriell anskaffes i dag etter nasjonale behov. Medlemsstatene bidrar deretter med nasjonale beholdninger til EUs operasjoner. Dette er langt unna en situasjon hvor medlemsstatene overfører penger til EDA som på vegne av disse utfører operasjoner. Velger medlemsstatene å gi opp kontroll over nasjonale forsvarsmarkeder finnes ingen garanti for forsynings-sikkerhet. Slik sikkerhet kan til en viss grad ivaretas gjennom ulike ordninger og avtaler, men vil ikke fullendt garanteres hvis stater til en viss grad ikke er selvforsynte. Det er flere eksempler på land som har nektet å levere forsvarsmateriell til land i krig. Deriblant har det norske Storting gjort vedtak som i hovedsak sier at eksport av våpen eller ammunisjon til land som er i krig ikke skal finne sted.⁹⁶ Til tross for at det er et økonomisk behov for samkjøring og åpning av markeder er det lite sannsynlig at landene gir slipp på mer kontroll over deres forsvarsmarkeder enn de finner forsvarlig i forhold til opprettholdelsen av statlig suverenitet. Fremtiden til EDA blir derfor primært et spørsmål om suverenitet. På den ene siden fremmer EU og EDA et europeisk forsvarssamarbeid. På den andre siden stiller medlemsstatene seg mer nølende. Det kan tyde på at medlemsstatene ikke er klare, eller villige, for å avstå den suverenitet som kreves for at et slikt samarbeid blir virkelighet.

4.4 Norsk samarbeidsavtale med EDA

Norge har som fullverdig medlem i WEAG/WEAO deltatt i mye av den europeiske utviklingen som har funnet sted innenfor materiellanskaffelser. Som sagt innebærer opprettelsen av EDA at WEAG/WEAO inkorporeres i forsvarsbyråets nye rammeverk. Fordi EDA er et organ underlagt Rådet blir Norge stående utenfor EDA. Dette innebærer at Norge, gjennom rammeverksavtalen med ESDP, er nærere knyttet til EUs forsvarssamarbeid enn til EDA.

Norge har arbeidet for å få til en avtale med EDA. Dette resulterte i at Anne-Grethe Strøm-Eriksen, den norske forsvarsministeren, 7. mars 2006 undertegnet en samarbeidsavtale med forsvarsbyrået. Avtalen gir Norge mulighet til å delta i programmer og prosjekter i regi av EDA. Deltakelsen skjer på ad hoc basis. Styringsorganet må derfor overbevises skal norsk deltakelse i programmer og prosjekter oppnås. En formell konsultasjonsordning kommer også på plass. Denne søker å bidra til dialog og gjensidig utveksling av relevant informasjon slik at Norge holdes oppdatert på utviklingen i forsvarsbyrået.

Avtalen gir kun administrative rammer for samarbeidet. Norge har derfor ingen rettigheter og er utestengt fra den politiske prosessen. Det er viktig å følge utviklingen i EDA nøye og arbeide for å få tilgang til informasjon om hva som foregår bak veggene og få mulighet til å bidra. Norges posisjon i EDA er dermed vesentlig forskjellig fra Norges stilling i WEAG/WEAO.

⁹⁶ Rolf Einar Fife skriver i Kommentarer til eksportkontrollloven i *Norsk Lovkommentar* (2005:1784) at "[v]erken loven eller forskriftene sier noe om når lisens vil bli gitt eller avslått [...] Stortingsvedtak 12. april 1935 og 11. mars 1959 [...] anses imidlertid som bindende instruksjoner for regjeringens skjønnutøvelse. Kjernen i disse vedtakene er at salg av våpen eller ammunisjon til områder hvor det er krig eller krig truer, eller til land hvor det er borgerkrig, ikke skal finne sted".

Samarbeidsavtalen gir ikke Norge tilgang til det nylig opprettede markedet for forsvarsanskaffelser. Norge tar altså ikke del i kodeksen for forsvarsanskaffelser. Dette innebærer at Norge ikke får være med i konkurranseutsettingen om leveranser innenfor rammen av EDA. Dette kan få uønskede konsekvenser for norsk forsvarsindustri ettersom det ses som sannsynlig at Norge vil dra fordel av at forsvarsanskaffelser konkurranseutsettes.

Selv om Norge ønsker en tettere tilknytning til EDA er det usikkerhet knyttet til mulighetene for en fremtidig assosieringsavtale eller medlemskap. Politisk sett er det vanskelig for EU å inkludere et ikke-medlemsland uten å åpne opp for andre land i tilsvarende situasjon. Det er derfor nærliggende for Norge å fortsette satsingen på samarbeidsavtaler innenfor bilaterale og multilaterale rammeverk utenfor det institusjonelle rammeverket til EDA. Slik følges den praksis som gjelder i dag. Dette forhindrer likevel ikke at forsvarsbyråets prinsipper for anskaffelser legges til grunn.

5 FREMTIDSUTSIKTER FOR GJENKJØPSORDNINGEN

Gjenkjøp strider mot kravene om et fritt og åpent marked. Økonomisk ineffektivitet og duplisering av forsknings- og utviklingsutgifter som kan være en konsekvens av gjenkjøpsordninger utgjør bremseklosser for opprettelsen av et felles europeisk marked for forsvarsanskaffelser. Medlemsstatene, unntatt Spania, er derfor prinsipielt enige om at gjenkjøp bør avskaffes. Til tross for dette benyttes ordningen i stor utstrekning av medlemsstatene tilpasset deres nasjonale behov og prioriteringer. Gevinsten gjenkjøp bringer i form av forsyningsikkerhet, som garantist for opprettholdelse av nasjonale forsvarsindustrier og overføring av ekspertise gjør ordningen politisk vanskelig å avskaffe.

Arbeidet med artikkel 296 og utviklingen innen EDA-samarbeidet peker i retning av et mer åpent europeisk marked for forsvarsanskaffelser. Dette vil ventelig ha implikasjoner for gjenkjøpsordningen. En endring på EU-nivå vil også ha betydning for Norge som følge av landets EØS-medlemskap. Det er derfor av interesse å se nærmere på hvordan utviklingstrekkene innenfor fortolkningsmeddelelsen knyttet til artikkel 296, et eventuelt direktiv for forsvarsanskaffelser og arbeidet innen rammen av EDA, ventes å ha innvirkning på gjenkjøp.

5.1 Kommisjonens fortolkningsmeddelelse

Høstens meddelelse, hvor innholdet i artikkel 296 klargjøres basert på gjeldende bruk og rettspraksis, vil som tidligere diskutert ventelig medføre en innsnevring av virkeområdet til unntaksbestemmelsen. Kommisjonen er en pådriver for å fremme EUs indre marked. Det er derfor sannsynlig at Kommisjonen, i tråd med den ordinære tolkningsregelen, velger å komme med en snever fortolkningsmeddelelse knyttet til virkeområdet til unntaksbestemmelsen. Meddelelsen vil slik si hvordan EF-retten er etter Kommisjonens syn. Den gir dermed uttrykk for bare én rettsopfatning og binder ikke noen andre enn Kommisjonen. Kommisjonens forskjellige enheter må i praksis, selv om de ikke rettslig sett har plikt til det, opptre i tråd med sine egne meddelelser. Selv om meddelelsen ikke er juridisk bindende vil den likevel virke veiledende og

slik ha betydning for medlemslandenes forsvarsanskaffelser. Dersom medlemsstatene følger Kommisjonens syn er det lite sannsynlig at de blir møtt med overtredelsessaker. Skulle rettslige saker likevel oppstå vil statene enklere kunne forsvare seg hvis Kommisjonens veiledning er fulgt.

En avgrensning i virkeområdet til artikkel 296 vil ha betydning for gjenkjøpsordningen. En anskaffelse kan kun være gjenstand for gjenkjøp dersom den kan unntas reglene for det indre marked som følge av unntaksbestemmelsen i artikkel 296. En innsnevring innebærer derfor at flere anskaffelser underlegges reglene om EUs indre marked. Disse anskaffelsene vil dermed ikke kunne være gjenstand for gjenkjøpsavtaler. Fordi meddelelsen ikke er juridisk bindende er det likevel vanskelig å forutse hvordan medlemsstatene vil vektlegge den. Statene representerer nasjonale interesser. Det er derfor tenkelig at de vil kunne utfordre den rettsoppfatning Kommisjonen gir uttrykk for i meddelelsen hvis de anser denne å bryte med deres interesser.

I forbindelse med fortolkningsmeddelelsen er det relevant å vurdere hvorvidt meddelelsen kan få betydning for anvendelsen av artikkel 298s hjemmel for overvåkning av unntatte forsvarsanskaffelser. Få saker har så langt vært oppe for EF-domstolen. Til tross for at Kommisjonen har myndighet til å prøve medlemsstatenes anvendelse av unntaksbestemmelsen i artikkel 296 for domstolen, kan det synes som om institusjonen i praksis har vegret seg for dette.⁹⁷ Dette henger, som diskutert i 3.5.2.1, sammen med hvordan bestemmelsene i artikkel 296 er tett knyttet til statenes suverenitet. Det kan tenkes at Kommisjonen vurderer det dit hen at det ligger utenfor dens kompetanse å bringe saker som rører ved medlemsstatenes vesentlige sikkerhetsinteresser inn for domstolen. Mer sannsynlig er det at Kommisjonen ikke velger å anvende kompetansen av politiske grunner. Så lenge medlemsstatene ikke støtter at Kommisjonen spiller en slik rolle, vil Kommisjonen ventelig opptre tilbaketrasket.

Dersom fortolkningsmeddelelsen blir positivt mottatt i medlemsstatene og Kommisjonen oppfatter en støtte for dens politikk er det mulig Kommisjonen vil prøve flere saker overfor domstolen. En utvikling i rettspraksis vil dermed skapes. Dette kan øke det politiske presset på medlemsstatene ved å demonstrere at Kommisjonen, gjennom å bringe saker inn for domstolen, har makt til å tvinge dem til å følge traktaten. Det er derimot ikke selvsagt at domstolen vil dele Kommisjonens syn i slike saker. Domstolen er uavhengig i sin vurdering, og det kan tenkes at den har en annen oppfatning om hva som regnes som vesentlige sikkerhetsinteresser enn det Kommisjonen legger til grunn.

5.2 Eventuell lovgivning for forsvarsanskaffelser

Hvilken betydning et direktiv vil ha for gjenkjøpsordningen avhenger av dets utforming. Diskusjonen i kapittel 3.3.2.2 oppsummerte medlemsstatenes tilbakemelding med tanke på hvordan et eventuelt direktiv burde utformes. To aspekter er av videre interesse for å kartlegge hvordan et direktiv vil påvirke dagens praksis med gjenkjøpsordninger. For det første er det hensiktsmessig

⁹⁷ Sivile gjenkjøp anvendes av flere land uten at Kommisjonen har grepet inn. Slike gjenkjøp synes å bryte med reglene for det indre marked fordi de ikke kan unntas i henhold til artikkel 296 EF.

å undersøke hvordan medlemsstatene mener gjenkjøp bør håndteres i fremtiden. Dette gir en pekepinn på statenes politikk på området og gir indikasjoner på hvordan et direktiv kan se ut. For det andre må det vurderes i hvilken grad Kommisjonen i et direktiv kan regulere gjenkjøp og hvilke implikasjoner dette vil ha.

5.2.1 Medlemsstatenes holdninger til gjenkjøp

Medlemsstatene gav i forbindelse med høringsrunden på grønnboken tilbakemelding på hvordan de mener gjenkjøp bør håndteres. Det bør legges til grunn at høringsuttalelsene reflekterer statenes offisielle posisjon, og at denne ikke nødvendigvis samsvarer med hvordan gjenkjøp praktiseres. Tilbakemeldingen kan oppsummeres i følgende tabell:⁹⁸

Land	Hvordan bør gjenkjøpsordninger håndteres?
Storbritannia	Målsetning om å avskaffe gjenkjøp når et EDEM er på plass. Åpne for å fortsette gjenkjøpsordninger med tredjeland. Ser det som sannsynlig at gjeldene ordninger vil vedvare på kort- og mellomlang sikt.
Frankrike	Beste onde for å garantere forsyningssikkerhet. Gjenkjøp bør håndteres innen rammene av en frivillig kodeks.
Tyskland	Prinsipielt imot gjenkjøp. Kommisjonen bør overprøve om gjenkjøp er forenlig med tildelingsretten.
Sverige	Bør etterstreve harmonisering av gjenkjøpsordninger. På sikt avveie om ordningen bør avskaffes. Ytterligere studier trengs.
Spania	Gjenkjøpsordningen bør bestå.
Italia	Nødvendig med felles refleksjon for å unngå at gjenkjøpsordninger har negativ innvirkning for et EDEM. Refleksjon bør finne sted innad i Europa samt over Atlanteren.
Polen	Et eventuelt direktiv bør forene regler for anvendelse og definisjon av gjenkjøp.
Litauen	Gjenkjøp bør håndteres gjennom nasjonal lovgivning.
Ungarn	Noen former for gjenkjøp er forstyrrende for markeder. Studier av implikasjoner etterfulgt av muligheter for regulering på EU-nivå bør vurderes.
Tsjekkia	Mulig å stipulere minimums- og maksimumskriterier for gjenkjøp, samt muligens regulere områder for gjenkjøp. Et direktiv kunne inkorporere en standard form for grunnleggende gjenkjøpsavtaler.
Danmark	Prinsipielt bør gjenkjøpsregimet avvikles, forutsatt at dette skjer samtidig i medlemsstatene.
Finland	Kompensasjonsordninger vil ikke nødvendigvis være forvrengende dersom like regler anvendes. Direkte gjenkjøp kan medføre ugunstige økonomiske løsninger, men fordeler er samtidig knyttet til denne formen for gjenkjøp. Det er rom for harmonisering av retningslinjer for gjenkjøp.
Nederland	Positiv til uhindret adgang til andre forsvarsmarkeder. Gjenkjøp kan føre til mindre "value for money" og til en ineffektiv industri. For avskaffelse av gjenkjøp forutsettes et etablert EDEM.
Portugal	Slik de håndteres per dags dato.
Østerrike	Gjenkjøpsordningen skal opprettholdes.
Hellas	Forsvarer en reorientering fra gjenkjøp mot samarbeidsavtaler. Dette innebærer at forsyningssikkerhet må utbedres og rollen til SMEs identifiseres.

Tabell 5.1 Medlemsstatenes holdninger til gjenkjøpsordningen.

Medlemsstatene deler i hovedsak oppfatningen om at gjenkjøp prinsipielt ikke er ønskelig (unntatt Spania). Samtidig uttrykker statene at ordningen ikke bør avskaffes med det første. Dette henger sammen med at det enda ikke er etablert et velfungerende felles marked for forsvarsanskaffelser. Før dette skjer er det lite sannsynlig at medlemsstatene bestemmer seg for å gi opp gjenkjøp. Velger en medlemsstat å avvikle gjenkjøpsordningen før et felles marked for forsvarsanskaffelser fungerer, er dette ufordelaktig så lenge den må handle med stater som fort-

⁹⁸ Medlemsstatenes fullstendige tilbakemelding er å finne på Europakommisjonens, DG Internal Market, hjemmeside: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/dpp_en.htm [2. August 2006].

satt benytter gjenkjøp. Førstnevnte vil da konkurrere på andre vilkår enn de resterende statene. På mange måter blir det slik en forutsetning at ordningen avskaffes samtidig på tvers av landegrensene for å unngå at forsvarsindustrien i ulike medlemsstater får ulike konkurransevilkår.

Flere av medlemsstatene foreslo harmonisering av gjenkjøpsordninger som et virkemiddel på vei mot avskaffelse. Arbeidet med en slik harmonisering er påbegynt innenfor rammene av EDA. Dette diskuteres i kapittel 5.3.

5.2.2 Direktiv vs. gjenkjøp

Et direktiv for forsvarsanskaffelser vil ventelig føre til at færre anskaffelser vil falle inn under unntaksbestemmelsen i artikkel 296. Mulighetene for å anvende gjenkjøpsordningen vil da i praksis innsnevres ettersom gjenkjøp kun kan benyttes i slike tilfeller.⁹⁹ Dette forutsetter at bestemmelsene i direktivet overholdes og at unntaksbestemmelsen i 296 dermed blir ”unntaket heller enn regelen”.

Et direktiv er underordnet traktaten og kan derfor ikke ha et innhold som bryter med traktatens bestemmelser.¹⁰⁰ Det er dermed tvilsomt hvorvidt et direktiv vil kunne regulere gjenkjøp, fordi gjenkjøpsordningen synes å være i strid med traktaten. Det kan derimot tenkes er at det legges inn en klausul om overgangsordning med sikte på å fjerne gjenkjøp fra direktivets virkeområde. En slik overgangsordning vil dermed bidra til å fremme det indre markedet. Fordi det ikke ligger innenfor kompetansen til et direktiv å endre bestemmelsene i traktaten vil artikkel 296 måtte bli stående slik den er i dag. Direktivet kan derfor trolig ikke regulere de anskaffelser som faller innenfor artikkelens virkeområde. Det vil si at gjenkjøpsordninger fortsatt vil kunne inngås for de anskaffelser som er unntatt bestemmelsene for det indre marked som følge av unntaksbestemmelsen i artikkel 296.

For avtaler som inngås mellom en medlemsstat og en leverandør gjelder i dag regelverket for offentlige anskaffelser.¹⁰¹ Et direktiv for forsvarsanskaffelser vil, for å kunne fylle sin funksjon, antakelig måtte få et tilsvarende virkeområde. Det er ikke mulig å vite, i innledningen av anskaffelsesprosedyren, om den leverandøren som til slutt blir tildelt kontrakten er etablert i egen stat, en annen EØS-stat eller i en tredjestat. Dette betyr at gjenkjøpsavtaler, i tråd med diskusjonen i forrige avsnitt, ikke vil reguleres i et nytt direktiv for forsvarsanskaffelser. Etter som gjenkjøp ventelig vil ekskluderes som tildelingskriterium, også i et direktiv for forsvarsanskaffelser, vil gjenkjøp ikke kunne inngå i avtaler mellom en medlemsstat og en leverandør. Dette forutsetter at anskaffelsen er omfattet av direktivets virkeområde.

Forholdet mellom fellesskapstraktaten og internasjonale avtaler er av interesse for et eventuelt direktivs betydning for gjenkjøpsordningen. Spørsmålet er hvordan fellesskapstraktaten regulerer avtaler som er inngått mellom medlemsstater og tredjeland. Det finnes ikke et entydig svar,

⁹⁹ Som tidligere diskutert gjelder dette juridisk sett også i dag. Praksis tilsier derimot at gjenkjøp benyttes på anskaffelser som synes å falle utenfor unntaksbestemmelsen i artikkel 296.

¹⁰⁰ Dette innebærer at et direktiv ikke vil kunne endre noen av bestemmelsene i traktaten. Ordlyden i artikkel 296 EF vil derfor bestå.

¹⁰¹ Jf. artikkel 7 i direktivet for offentlige anskaffelser (2004/18/EC).

men enkelte prinsipp er gjeldende. Viktigst er at EF-retten har forrang over nasjonal rett.¹⁰² Dette innebærer at medlemsstatene ikke kan inngå avtaler som er i overensstemmelse med nasjonal rett, men som bryter med EF-retten. Domstolen har i tråd med dette utledet et prinsipp som sier at medlemsstatene ikke kan inngå internasjonale avtaler som er i strid med EF-traktaten.¹⁰³ Hvis medlemsstatene likevel inngår en slik avtale må de etter europeisk lov ikke anvende deres nye avtaler, men er fortsatt forpliktet til å etterkomme EF-traktaten.

Knyttet til dette er spørsmålet om hvorvidt en bestemmelse tilsvarende artikkel 15 i direktivet for offentlige anskaffelser vil innlemmes i et direktiv for forsvarsanskaffelser. Gjøres dette åpnes det for at medlemsstatene kan unnta anskaffelser som gjøres i henhold til internasjonale avtaler fra virkeområdet til direktivet. En slik bestemmelse vil derfor gjøre det mulig å inngå gjenkjøpsavtaler dersom den internasjonale avtalen, som anvendelsen av unntaket i artikkel 15 bygger på, åpner for det. EF-traktaten må likevel overholdes. Dette innebærer at slike anskaffelsesavtaler uansett holdes innenfor de grenser bestemmelsene i EF-traktaten setter.

5.3 EDA – harmonisering av gjenkjøp etterfulgt av avskaffelse?

Utviklingen av EDA-samarbeidet og kodeksen for forsvarsanskaffelser vil ventelig ha innvirkning på utformingen av gjenkjøpsordningene til EDAs medlemmer. Forsvarsbyrået ser gjenkjøp som uforenlig med et indre marked for forsvarsanskaffelser. Endring og, over tid, avskaffelse av gjenkjøpsregimet er et av organets prioriteringer. Flere initiativ har funnet sted på gjenkjøpssiden. Gjennom en skrittvis tilnærming er målet å harmonisere gjenkjøpsordningene for deretter på sikt å avskaffe dem.

EDAs kodeks for forsvarsanskaffelser antas å bidra til å gjøre bruken av gjenkjøp mer gjennom-siktig. Tildeling av kontrakt skjer basert på "the most economically advantageous solution for the particular requirement, taking into account inter alia considerations of costs (both acquisition and life style), compliance, quality, and security of supply and offsets".¹⁰⁴ Deltakende medlemsstater må videre følge prinsippet om lik og rettferdig behandling av tilbydere ved å bekjentgjøre tildelingskriteriene for anskaffelsen på den elektroniske bulletengen. I tillegg vil byrået, uavhengig av om anskaffelsen publiseres, bli underrettet om hvorvidt en kontrakt er underlagt gjenkjøpskrav med en indikasjon om verdifastsettelsen av transaksjonen.

Et veikart for harmonisering av gjenkjøpsordninger ble vedtatt av EDAs styringsgruppe i april 2006. Veikartet presenterer to komplimenterende og parallelle tiltak som sikter mot å bidra til harmonisering av gjenkjøpsordninger. For det første utarbeides forslag om harmoniserte gjenkjøpsordninger. For det andre gjennomføres en studie av effektene av gjenkjøpsordninger:

¹⁰² Prinsippet om at EF-retten har forrang foran nasjonal rett ble første gang utledet av EF-domstolen i saken *Costa v E.N.E.L* i 1964 (sak C-6/64).

¹⁰³ Dette vises i EF-domstolens domsavsigelse i de såkalte "open skies" dommene. Europakommisjonen førte bilaterale saker overfor Storbritannia, Danmark, Sverige, Finland, Belgia, Luxembourg, Østerrike og Tyskland (saksnummerene er henholdsvis C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 and C-476/98) med anklage om at medlemsstatene hadde inngått avtaler med USA som brøt med EF-rettens artikkel 43.

¹⁰⁴ Dette betyr at gjenkjøp inkluderes som et mulig tildelingskriterium innenfor rammen av EDA-samarbeidet.

5.3.1 Forslag om utformingen av harmoniserte gjenkjøpsordninger

Det arbeides i EDA med å komme til enighet om harmonisering av gjenkjøpsordninger. I en meddelelse til medlemsstatene foreslår EDA at en harmonisering bør være koblet mot det mellomstatlige frivillige regimet for forsvarsanskaffelser og den tilhørende kodeksen, kun være gjeldende for tilsluttende medlemsstater som krever gjenkjøp og anvendes enhetlig overfor tilsluttede medlemsstater og medlemsstater som ikke er tilsluttet, inkludert tredjeland.¹⁰⁵

Styringsgruppen har bedt EDA om å presentere retningslinjer for fem milepæler sammen med en startdato og kalender for anvendelse av retningslinjene under høstens møte i styringsgruppen. Det foreligger begrensede indikasjoner for definisjonen av milepælene. Forsvarsbyrået bes definere følgende milepæler:

- Gjenkjøp som tildelingskriterium: EDA antyder at gjenkjøp bør veie minst, eller mindre enn andre kriterier, når gjenkjøp brukes som et kriterium for tildeling av kontrakt. Forsvarskontrakter bør tildeles etter konkurransedyktige prosedyrer slik at den mest kostnadseffektive løsningen benyttes. Gjenkjøp bør derfor betraktes som et underordnet kriterium.
- Omfang av gjenkjøpskrav: Definere en maksimumsgrense basert på praksisen i deltagende medlemsstater. EDA gir signaler om at kravet bør begrenses til 100 prosent av kontraktverdien inkludert faktorer.
- Terskel for kontraktinngåelse med gjenkjøp: EDA ønsker at minimumsbeløpet hvor det kan kreves gjenkjøp økes i medlemsstatene, men påpeker at en felles minimumsverdi vanskelig kan fastsettes grunnet MSs ulike forsvarsbudsjett.
- Faktorer: Utarbeide felles tilnærming for beregning og bestemme områdene hvor faktorer kan tas i bruk.
- Tidsperiode for gjennomføring av gjenkjøp: Det bør vurderes om disse bør begrenses eller ei. Her antydes det at gjenkjøpet bør gjennomføres innen anskaffelseskontraktens leveringsavslutning (duration of procurement contract term).

5.3.2 Studie: Effektene av gjenkjøpsordninger¹⁰⁶

Arbeidet med å kartlegge medlemsstatenes bruk og politikk når det gjelder gjenkjøpsregimer startet i mars 2005. Arbeidet legger grunnlag for en studie, kalt "The effects of offsets on the development of a European Defence Industry and Market", som ble lansert i juni 2006. Studien, som vil finne sted fra oktober og fem måneder frem i tid, skal søke å kartlegge de ulike gjenkjøpsregimene i Europa og er del av veikartet. Målsetningen er å undersøke gjenkjøpsordningens implikasjoner for et indre marked for forsvarsanskaffelser, samt for det europeiske industrielle og teknologiske grunnlaget. Effektene av gjenkjøp for konkurransen mellom, og konkurransedyktigheten til, europeisk forsvarsindustri vil likeledes måles. Studien vil være et utgangspunkt for arbeidet mot en forening av typer og kategorier av gjenkjøp.

¹⁰⁵ European Defence Agency (2006): EDA I&M Communication No. 06/16 to the pMS NADs PoCs, Subject: Harmonisation of Offset Requirements- Follow-up to Roadmap of 7 April, Brussel 26. juni 2006.

¹⁰⁶ European Defence Agency (2006): EDA I&M Communication No. 06/02 to the sMS NADs PoCs, Subject: Offset Study, Brussel 29. mai 2006.

5.3.3 Mot harmonisering og avskaffelse av gjenkjøp?

Arbeidet med å harmonisere gjenkjøpsordninger er knapt i gang. Mye gjenstår før sikre slutninger kan trekkes fra den pågående utviklingen. Likevel har EDA begitt seg inn på en prosess som ikke kan avskrives.

På vei mot et indre marked for forsvarsanskaffelser er harmonisering et viktig skritt. Harmonisering vil bidra til mer lik konkurranse og likere gjenkjøpsbetingelser. Klarer medlemsstatene å enes om felles standarder for gjenkjøp kan dette være et steg på vei mot en fremtidig avskaffelse av gjenkjøpsregimet. Dette innebærer at medlemsstatene må komme frem til et levedyktig kompromiss som forener elementer fra divergerende, nasjonale, gjenkjøpsordninger. Det er her en fare for at eventuelle felles standarder vil være utvannede for å kunne ivareta ordninger som representerer nasjonale interesser.

Arbeidet er tidkrevende og EDA erkjenner at gjenkjøpsordningen vil bestå i nær fremtid. Det snakkes derfor ikke om avskaffelse på kort sikt. Så lenge nasjonene ser seg tjent med en nasjonal forsvarsindustri, vil mange kreve gjenkjøp for å sikre adgang til ellers lukkede markeder. Spesielt vanskelig vil det være å få med seg forsvarsindustriens ansatte i land hvor gjenkjøp anvendes. Sterke krefter arbeider her mot avskaffelse av ordningen. Kompleksiteten i forsvarsmarkedet gjør at EDA ikke utelukker gjenkjøp som tildelingskriterium. Gjenkjøp vil derfor, innenfor EDA-samarbeidet, ventelig være det kriterium som bør veie mindre/minst når kontrakter for forsvarsmateriell tildeles.

Et stort hinder for både harmonisering og avskaffelse av gjenkjøp er behovet for forsynings-sikkerhet av forsvarsmateriell. Uten at tilstrekkelig sikkerhet kan etableres, er det lite tenkelig at medlemsstatene gir avkall på virkemidler som i dag sikrer forsyning. En harmonisering, og på sikt avskaffelse, av gjenkjøp er tenkt knyttet opp mot kodeksen om forsvarsanskaffelser. Denne er som sagt frivillig og ikke-bindende. Det foreligger derfor ingen garantier for at medlemsstatene vil følge opp et ikke-bindende samarbeid.

Fremtiden til gjenkjøpsregimet avhenger mye av den politiske viljen til medlemsstatene og måten arbeidet drives videre på. EDA har blitt karakterisert som en organisasjon som styres ovenifra og ned. Dette innebærer en fare for at medlemsstatenes synspunkter og visjoner blir oversett. Verken harmonisering eller avskaffelse av ordningen vil oppnås uten at medlemsstatene går inn for dette. EDA er en pådriver, men det er for tidlig å si om organet lykkes i å dra med seg medlemslandene i prosessen mot et indre marked for forsvarsanskaffelser.

6 KONKLUSJON – BETYDNING FOR NORGE

Utviklingen knyttet til arbeidet mot et europeisk forsvarsmarked som finner sted innenfor EU og EDA er av betydning for Norges anvendelse av gjenkjøpsordninger. Mens Norge berøres direkte på de områder som er omfattet av EØS-avtalen står Norge utenfor EDAs kodekser. Implikasjonene for Norge avhenger av utfallet av fortolkningsmeddelelsen, utformingen av et eventuelt

direktiv og utviklingen i EDA-samarbeidet.

Fortolkningsmeddelelse: Høstens meddelelse om rettspraksis knyttet til forsvarsanskaffelser og anvendelsen av artikkel 296 vil også ha betydning for Norge. Som EØS-medlem må Norge følge rettspraksis i EU på de områder EØS-avtalen dekker. Meddelelsens betydning avhenger av hvordan Norge velger å forholde seg til denne. Dersom Norge følger Kommisjonens veiledning, som ventelig vil begrense virkeområdet til unntaksbestemmelsen i 296, vil antall anskaffelser hvor gjenkjøp kan benyttes reduseres. Velger Norge å utfordre Kommisjonens syn risikerer Norge at ESA, EFTAs overvåkningsorgan, åpner overtredelsessak med anklager om brudd på EØS-avtalen. EFTA-domstolen vil i siste instans avgjøre hvorvidt Norge har handlet i tråd med bestemmelsene i EØS-avtalen.

Direktiv: Utarbeides et direktiv for forsvarsanskaffelser innen pilar én er dette omfattet av EØS-avtalen og vil måtte inkorporeres i norsk lovgivning. Velger EUs lovgivere å regulere utfasing av gjenkjøp vil dette også gjelde for Norge. Imidlertid virker utarbeidelsen av et direktiv å ligge et stykke frem i tid. Medlemsstatene er ikke klare for å inngå forpliktende samarbeid når det gjelder forsvarsanskaffelser og mye av arbeidet gjøres nå innen EDAs mellomstatlige struktur.

Dette betyr ikke at det er stillstand i EU. Europakommisjonen jobber for opprettelsen av et indre marked for forsvarsanskaffelser. Historien viser at den har lyktes i, over tid, å få med seg medlemsstatene i å inngå forpliktende samarbeid på områder som er tett knyttet til deres suverenitet. Schengen og de deler av justissamarbeidet som er overført til pilar én er eksempler på dette. Det er derfor viktig at Norge holder seg oppdatert på den utviklingen som finner sted i Brussel og kan alliere seg med medlemsstater med tilsvarende interesser skulle arbeidet skyte fart.

EDA-samarbeidet: Siden Norge ikke er medlem i EDA deltar ikke Norge i det arbeidet som er iverksatt på gjenkjøpssiden. Norge vil derfor heller ikke være en deltakende medlemsstat i utformingen av harmoniserte retningslinjer for gjenkjøp og vil ikke være del av regimet. Ordningen vil derfor ikke ha direkte betydning for utformingen av norske retningslinjer. Av betydning er derimot hvordan EDA-medlemmene velger å praktisere eventuelle interne retningslinjer overfor tredjeland. Velger medlemsstatene å holde fast ved disse felles retningslinjene når det inngås avtaler med tredjeland kan dette få betydning for Norge. Ønsker Norge å kjøpe forsvarsmateriell fra en av medlemsstatene kan det tenkes at det kreves at EDAs retningslinjer følges. Norge er derimot ikke forpliktet til å gjøre dette og kan kreve gjenkjøp etter egne retningslinjer. Det blir således opp til samarbeidspartnerne hvordan de ønsker å håndtere dette.

Avskaffer EDA gjenkjøp internt er det en del som kan tyde på at gjenkjøp fortsatt vil kunne bli praktisert overfor tredjeland. Norges gjenkjøpsordning vil derfor ikke nødvendigvis bli direkte berørt. Så lenge ikke OCCAR eller LoI er inkorporert i EDA vil ikke EDA-samarbeidet hindre at samarbeidsavtaler inngås innenfor rammene av disse organisasjonene.

EØS-medlemskapet gjør at Norge i liten grad får være med å påvirke de beslutninger som om-

fattes av EØS-avtalen. Det er bekymringsverdig at Norge, som utenforland i EU, er satt helt på sidelinjen i den utviklingen som nå finner sted innenfor EDA. Spørsmål som er viktige for norske sikkerhetsinteresser behandles uten at Norge kan delta. Det er viktig at Norge er bevisst denne utenforstatusen og forsøker å ivareta sine interesser på best mulig måte.

APPENDIKS

A FORKORTELSER

ARF	Anskaffelsesregelverk for Forsvaret
CFSP	Common Foreign and Security Policy
EDA	European Defence Agency
EDEM	European Defence Equipment market
EEC	European Economic Communities
EF	Europeiske Fellesskap
EFTA	European Free Trade Association
EØS	Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde
ESDP	European Security and Defence Policy
EU	Europeisk Union
FOA	Forskrift om offentlige anskaffelser
IEPG	Independent European Programme Group
LOA	Lov om offentlige anskaffelser
LoI	Letter of Intent
MS	Medlemsstat
OCCAR	Organisation for Joint Armaments Cooperation
Rådet	Ministerrådet
UD	Utenriksdepartementet
WEAG	Western European Armaments Group
WEAO	Western European Armaments Organisation

B OVERSIKT OVER EU-samarbeidet

Tre traktater la grunnlaget for opprettelsen av *de europeiske fellesskap* (EF) i 1957: Kull- og Ståltraktaten (1952), Romatraktaten (1957) og Euratomtraktaten (1957). Til tross for at EF bygger på tre traktater snakkes det om *ett* fellesskap.

Siden opprettelsen av EF har det blitt vedtatt en rekke traktater som har utviklet og endret samarbeidets karakter: Enhetsakten (1985), Maastrichttraktaten (1992), Amsterdamtraktaten (1997) og Nicetraktaten (2001). Bestemmelsene som er vedtatt i disse traktatene er inkorporert i EUs to hovedtrakter: Traktaten om opprettelsen av det Europeiske Fellesskap og traktaten om den Europeiske Union. Sistnevnte traktat oppretter den Europeiske Union og etablerer en tredelt struktur gjennom tre pilarer: Det europeiske fellesskap, EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk (FUSP) og EUs politi- og rettslig samarbeid i kriminalsaker.

- A. Traktaten om opprettelsen av det Europeiske Fellesskap (TEF/EF), også kalt Romatraktaten og EF-traktaten). Det europeiske fellesskapet refereres til som pilar én i EU-samarbeidet. 'The Community method' karakteriserer pilar én. Det institusjonelle triangelet; Europakommisjonen, Ministerrådet og Europaparlamentet, er involvert i utformingen av fellesskapspolitikken. Beslutninger avgjøres ofte ved kvalifisert flertall, gjerne gjennom codecision prosedyren. Sistnevnte prosedyre krever at lovttekster vedtas av både Ministerrådet og Europaparlamentet.

1. *De europeiske fellesskap – pilar én.*

Samarbeidet som er inngått her preges av overnasjonalitet, de fleste beslutninger tas ved kvalifisert flertall og EF-domstolen har full kompetanse. De lover som utvikles innenfor pilar én er overordnet nasjonal rett. Dette betyr at EF-retten har forrang foran nasjonal rett.

EF-retten kan hovedsakelig sies å inneholde 1. overordnede prinsipper for samarbeidet, 2. bestemmelsene som oppretter EU-institusjonene og 3. materiellrettslige hovedregler.

EF-retten slår fast bestemmelsene for EUs *indre marked*. Oftest refereres det til de 4 friheter: Fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer. Blant politikkområder som reguleres innenfor pilar én er ØMU; landbruk; deler av visum, asyl- og immigrasjonssamarbeidet; transport; skatt; sysselsetting; handel; miljø; forskning og teknologi.

EUs kompetanse innen pilar én varierer etter om områdene faller innenfor 1. det europeiske fellesskaps eksklusive kompetanseområde, 2. delt kompetanseområde mellom EU og medlemsstatene eller 3. komplementær kompetanse hvor medlemsstatene har forblir kompetente selv om fellesskapet griper inn.

Artikkel 296 EF er underlagt fellesskapsretten.

- B. Traktaten om den Europeiske Union (TEU/EU) refereres også til som Maastrichttraktaten eller unionstraktaten. Denne traktaten etablerer pilar to og tre i EU-samarbeidet. De to pilarene er preget av mellomstatlighet, de fleste beslutninger tas ved enstemmighet og EF-domstolen har begrenset kompetanse. Pilarene er i stor grad avskilt fra det europeiske fellesskaps institusjonelle og legale struktur. Ministerrådet er den sentrale institusjonen og sitter på toppen av avgjørelsene. Europakommisjonen og Europaparlamentet har begrensede rettigheter.

2. *EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk (FUSP) – pilar to.*

FUSP omfatter også den europeiske sikkerhets- og forsvarspolitikken (ESDP).

3. *Politisamarbeid og rettslig samarbeid i kriminalsaker – pilar tre.*

Innenfor pilar tre finnes bestemmelser om Europol, direkte samarbeid mellom nasjonale politimyndigheter og Eurojust.

For endringer i traktatene kreves enstemmighet mellom medlemsstatene, samt ratifikasjon av ny traktat i de ulike medlemsstatene i overensstemmelse med deres statsforvaltning. Dette er regulert i artikkel 48 EU.

[Informasjonen her bygger i hovedsak på Craig, Paul og Grainne de Burca (2003) og SEJERSTED, Fredrik et al. (2004)].

Litteratur

- ARNESEN, Finn og Hans Petter Graver (2000): "Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler". Oslo: Unipub forlag.
- BJØRK, Hanne Marit og Åge Skøelv (2006): "Policy og praksis for gjenkjøp – en komparativ studie av 6 nasjoner". *FFI/Rapport 2006/02134*.
- BULL, Henrik (2005): "Kommentar til EØS-loven" i *Norsk Lovkommentar* s. 2234-2235. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- COUNTERTRADE & Offset, Vol. XXIV, No. 13, 10. juli 2006.
- CRAIG, Paul og Grainne de Burca (2003): *EU law. Text, cases and materials*, (3. utg.). New York: Oxford University Press.
- EUROPEAN Union Institute for Security Studies (2005): "Defence procurement in the European Union. The current debate". En rapport laget av EUISS Task Force. Tilgjengelig på: <http://www.iss-eu.org/books/bk05-01.pdf> [31. juli 2006].
- FD AKTUELT 14/1999: Retningslinjer for etablering av gjenkjøp ved Forsvarets anskaffelser fra utenlandske leverandører. Hjemmeside: www.odin.no/fd [31. juli 2006].
- FIFE, Rolf Einar (2005): "Kommentarer til eksportkontrollloven" i *Norsk Lovkommentar* s. 1784. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- SEJERSTED, Fredrik et al. (2004): *EØS-rett*. Oslo: Universitetsforlaget.
- NUGENT, Neill (2003): *The Government and Politics of the European Union*, (5. utg.). Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- TRYBUS, Martin (2006): "The New European Defence Agency: A Contribution to a Common European Security and Defence Policy and a Challenge to the Community Acquis?" i *Common Market Law Review* (43): s. 667-703.
- TRYBUS, Martin (2004): "Defence Procurement: The New Public Sector Directive and Beyond" i *Public Procurement Law Review* (13): s. 198-210.
- UNISYS (2005): "Intra-Community Transfers of Defence Products". En rapport laget av Unisys for Europakommisjonen. Tilgjengelig på: http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/inst_sp/docs/en_3_final_report.pdf [31. juli 2006].
- WARBERG, Erik N (2006): "Industriens rolle som både leverandør og rådgiver – muligheter og begrensninger". *FFI/Rapport 2006/01115*.

NORSKE OFFISIELLE DOKUMENTER:

ANSKAFFELSESREGELVERKET for Forsvaret (ARF), FOR-2004-09-01-1270.

EØS-loven: Lov nr. 109 av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

FORSKRIFT nr. 402 av 7. april 2006 om offentlige anskaffelser (FOA).

LOV nr. 69 av 16. juli 1999 om offentlige anskaffelser (LOA).

ST.MELD. nr. 23 (2005-2006) Om gjennomføring av europapolitikken.

TRAKTATER OG DIREKTIVER:

EUROPAPARLAMENTETS og Rådets Direktiv 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. Publisert i *Official Journal L* 134, 30/04/2004 s. 0114–0240.

RÅDSDIREKTIV 93/36/EEC coordinating procedures for the award of public supply contracts. Publisert i *Official Journal L* 199, 9.8.1993, s. 1–53.

RÅDSDIREKTIV 77/388/EEC on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment. Publisert i *Official Journal L* 145, 13/06/1977 s. 0001 – 0040.

TREATY establishing the European Communities, Consolidated version, i *Official Journal C* 325 of 24 December 2002.

TREATY on the European Union, Consolidated version, i *Official Journal C* 325 of 24 December 2002.

TREATY establishing a Constitution for Europe, i *Official Journal C* 310, of 16 Desember 2004. Ikke ratifisert.

EU-DOKUMENTER:

DET EUROPEISKE RÅD (1999): Presidency Conclusions, Appendiks III, Berlin, 24.-25. mars 1999.

EUROPEAN DEFENCE AGENCY (2006): Pressemelding: “Birth of European Defence Equipment Market with launch of Code of Conduct”, Brussel 30. juni 2006. Hjemmeside: www.eda.europa.eu [31. juli 2006].

EUROPEAN DEFENCE AGENCY (2006): EDA I&M Communication No. 06/16 to the pMS NADs PoCs, Subject: Harmonisation of Offset Requirements- Follow-up to Roadmap of 7 April, Brussel 26. juni 2006.

EUROPEAN DEFENCE AGENCY (2006): EDA I&M Communication No. 06/02 to the sMS NADs PoCs, Subject: Offset Study, Brussel 29. mai 2006.

EUROPEAN DEFENCE AGENCY (2006): “The Code of Best Practice in the Supply Chain”, Brussel 15. mai 2006. Hjemmeside: <http://www.eda.europa.eu> [3. august 2006].

EUROPEAN DEFENCE AGENCY (2006): EDA Steering Board Decision No. 2006/11 of 22 May 2006 on Establishing the basis for the Norwegian Ministry of Defence to participation in EDA ad hoc projects and programmes and the authority for EDA to let contracts for those projects and programmes.

EUROPEAN DEFENCE AGENCY (2005): “The Code of Conduct on Defence Procurement of the EU Member States Participating in the European Defence Agency”, Brussel 21. November 2005. Hjemmeside: <http://www.eda.europa.eu> [3. august 2006].

EUROPAKOMMISJONEN (2005): MEMO/05/467: “Frequently asked questions - New Commission initiatives on more open and efficient defence procurement”, Brussel 6. desember 2005.

EUROPAKOMMISJONEN (2005): COM/2005/626: “Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives”, Brussel 6. desember 2005.

EUROPAKOMMISJONEN (2004): COM/2004/608 final: “Green Paper, Defence Procurement”, Brussel 23. september 2004.

RÅDET (2004): 2004/551/CFSP: Felles handling (joint action) on the establishment of the European Defence Agency. Publisert i *Official Journal L 245*, 17.7.2004, s. 17-28.

DOMMER EF-DOMSTOLEN:

Sak C-6/64	European Court reports English special edition 1964 s. 00585, Costa mot ENEL
Sak C-414/97	European Court reports 1999 s. I-05585, Europakommisjonen v Spania.
Sak C-466/98	European Court reports 2002 s. I-09427, Europakommisjonen mot Storbritannia.
Sak C-467/98	European Court reports 2002 s. I-09519, Europakommisjonen mot Danmark.
Sak C-468/98	European Court reports 2002 s. I-09575, Europakommisjonen mot Sverige.
Sak C-469/98	European Court reports 2002 s. I-09627, Europakommisjonen mot

	Finland.
Sak C-471/98	European Court reports 2002 s. I-09681, Europakommisjonen mot Belgia.
Sak C-472/98	European Court reports 2002 s. I-09741, Europakommisjonen mot Luxembourg.
Sak C-475/98	European Court reports 2002 s. I-09797, Europakommisjonen mot Østerrike.
Sak C-476/98	European Court reports 2002 s. I-09855, Europakommisjonen mot Tyskland.

HJEMMESIDER:

DANMARKS forsvarsdepartements hjemmeside:

<http://forsvaret.dk/FMN/eng/Security+and+Defence+Policy/European+Security+and+Defence+Policy/> [31. juli 2006].

EUROPEAN Defence Agency: <http://www.eda.europa.eu/index.htm> [31. juli 2006].

EUROPA Glossary. Hjemmeside: http://www.europa.eu/scadplus/glossary/index_en.htm [2. august 2006].

EUROPAKOMMISJONEN, DG Internal Market: Høringsuttalelsene knyttet til grønnboken om forsvarsanskaffelser (COM/2004/608):

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/dpp_en.htm [2. august 2006].

FORSVARSNETT: Norske styrker i utlandet. Hjemmeside: www.mil.no [1. august 2006].

OCCARs hjemmeside: <http://www.occar-ea.org/C1256B0E0052F1AC/vwContentFrame/N254SMVV967SLEREN> [31. juli 2006].

WEAGs hjemmeside: <http://www.weu.int/weag/index.html> [31. juli 2006].