

## **Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht**

*In het licht bezien van het NAVO-Verdrag, de EU-Verdragen en het  
nationale aanbestedings- en mededingingsrecht*

**prof. mr. dr. Elisabetta Manunza**  
**mr. Nathan Meershoek**  
**prof. mr. dr. drs. Linda Senden**

Utrecht, 13 juli 2020

In opdracht van:

**Ministerie van Defensie**  
Staf Commando Landstrijdkrachten  
Koninklijke Landmacht  
Lkol mr. A.R. Brusse MSc  
Kol C. Jongejeugd

© Elisabetta Manunza, Nathan Meershoek & Linda Senden 2020

Bij voorkeur citeren als:

E. Manunza, N. Meershoek & L. Senden, ‘Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht: In het licht gezien van het NAVO-Verdrag, de EU-Verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht’, *Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE* 2020.

Universiteit Utrecht 2020

## INHOUDSOPGAVE

<b>INLEIDING.....</b>	<b>5</b>
<b>DEEL I.....</b>	<b>8</b>
<b>Doel en organisatie Ecosysteem Logistiek gezien in het licht van de internationale geopolitieke ontwikkelingen en complexe juridische defensie en interne markt structuren ...</b>	<b>8</b>
1.1. <i>Doel Ecosysteem Logistiek.....</i>	8
1.2. <i>Juridische analyse van het Ecosysteem Logistiek vergt kennis van de complexe ontwikkeling van het naoorlogse defensie systeem.....</i>	9
1.2.1. De oorsprong van een defensie systeem van verschillende lagen van (incomplete) regulering.....	9
1.2.2. De verplichtingen op grond van het NAVO-Verdrag (1949).....	10
1.2.3. Ontwikkeling van de EU defensie strategie .....	10
<b>DEEL II .....</b>	<b>13</b>
<b>Juridische toelaatbaarheid Ecosysteem moet worden beoordeeld in het licht van ontwikkeling, doel, systeem en geest van het gehele EU-recht .....</b>	<b>13</b>
2.1. <i>Doel en coherentie staan aan de basis van de interpretatie door het Hof van Justitie EU van het gehele Verdragsrechtelijke systeem.....</i>	14
2.1.1. Niet (alleen) naar de letter interpreteren van het Unierecht .....	14
2.1.2. Beoordeling toelaatbaarheid Ecosysteem onder het interne markt recht vindt plaats aan de hand van een doelgerichte en coherente interpretatie van het ‘hele’ systeem .....	15
2.2. <i>De veranderingen in het EU-Verdrag leiden tot een andere interpretatie van het interne markt recht en tot een andere belangenafweging aangaande nationale veiligheid .....</i>	17
2.2.1. Vrede is Uniedoelstelling, interne markt is daaraan ondergeschikte middel .....	17
2.2.2. Militaire macht hebben en uitoefenen is uitsluitende nationale verantwoordelijkheid .....	18
2.2.3. Beginsel van Unietrouw versterkt nationale verantwoordelijkheid .....	20
2.2.4. Verhouding EU – NAVO; hiërarchie van normen en NAVO-conforme uitleg.....	21
<b>DEEL III.....</b>	<b>23</b>
<b>Verenigbaarheid van het Ecosysteem Logistiek met het EU interne markt recht .....</b>	<b>23</b>
3.1. <i>Invulling nationale veiligheid is uitsluitende bevoegdheid lidstaten.....</i>	23
3.2. <i>De vraag: kan Defensie een maatregel als de opzet en het in stand houden van het Ecosysteem Logistiek aannemen zonder in strijd te komen met het EU interne markt recht? ...</i>	25
3.2.1. De eerste oplossingsvariant: het Ecosysteem rechtvaardigen door een beroep op de bescherming van de ‘openbare veiligheid’ uit de artikelen 52 en 62 WVEU? .....	25
3.2.1.1. Daadwerkelijk belang, noodzakelijkheid en proportionaliteit .....	25
3.2.1.2. Het bestaan van een daadwerkelijk belang van openbare veiligheid .....	27
3.2.1.3. Is het Ecosysteem ‘noodzakelijk’ om de nationale veiligheid te waarborgen?.....	28
a. Internationale verplichtingen vereisen nationale capaciteiten .....	29
b. Samenwerking met Nederlandse private marktpartijen nodig voor toe-eigening van (logistieke) diensten in crisissituatie .....	30

c.	Samenwerking met ‘Nederlandse’ private marktpartijen met werknemers van ‘Nederlandse’ nationaliteit vereist door personeelskrimp Defensie .....	31
d.	Duurzame waarborging veiligheidsbelangen vereist gesloten systeem.....	33
e.	Betaalbaar houden nationale veiligheid vereist samenwerking met private marktdeelnemers .....	33
f.	Zekerheid voor de levering van logistieke diensten in crisissituatie vereist ‘Do ut des’ relatie tussen Defensie en derden in tijden van vrede en stabiliteit.....	34
3.2.1.4.	Is het Ecosysteem als <i>preventief militair instrument</i> proportioneel? .....	35
a.	De relevantie van NAVO-lidmaatschap voor de proportionaliteitstoets .....	35
b.	Is vestigingsvereiste proportioneel?.....	36
c.	Eis van nationaliteit werknemers proportioneel?.....	36
d.	Is het risicovol economische aspecten een rol te laten spelen bij opzet en instandhouding van het Ecosysteem?.....	37
3.2.2.	De tweede oplossingsvariant: kan het Ecosysteem onder de uitzondering van Artikel 347 WVEU worden gebracht?.....	38
3.2.2.1.	Repressieve reactie op een bestaande internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt.....	39
3.2.2.2.	Preventieve reactie gericht op oorlog of internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt .....	40
3.2.2.3.	Verplichtingen die Nederland is aangegaan met het oog op behoud van de vrede en internationale veiligheid .....	41
<b>DEEL IV</b>	.....	<b>43</b>
<b>Verenigbaarheid Ecosysteem met het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht.....</b>		<b>43</b>
4.1.	<i>Stelt het nationaal recht aanbestedingseisen aan het Ecosysteem?</i> .....	43
4.1.1.	Geschreven aanbestedingsrecht.....	43
4.1.2.	Algemene beginselen v. het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid: om klachten van teleurgestelde inschrijvers te voorkomen en de doelmatigheid van het aankoopproces te vergroten .....	45
4.1.2.1.	Toetreding tot het Ecosysteem op basis van selectiecriteria .....	48
4.1.2.2.	Toetreding tot het Ecosysteem op basis van gunningscriteria .....	49
4.2.	<i>Verplichtingen voor economisch actieve overheden uit de Mededingingswet</i> .....	49
4.2.1.	Is er sprake van ‘economische activiteit’ door Defensie? .....	49
4.2.2.	Mogelijke verplichtingen Defensie uit de Mededingingswet.....	50
4.3.	<i>Verplichtingen voor de overige deelnemers uit de Mededingingswet</i> .....	51
<b>CONCLUDERENDE OPMERKINGEN</b>	.....	<b>53</b>
<b>SAMENVATTING</b>	.....	<b>54</b>
<b>Bijlage I:</b>	Schematische weergave juridische kaders internationale samenwerking en verplichtingen Defensie	

## INLEIDING

Met een strategiebrieft aan de markt maakte de plaatsvervangend Commandant van de Koninklijke Landmacht in april 2019 bekend een verkenning te starten met een tiental logistieke bedrijven om te komen tot een zogenaamd *Ecosysteem Logistiek* (hierna: het Ecosysteem). Dit past binnen het plan een “Adaptieve Krijgsmacht” te realiseren. Het streven is om een langdurige strategische samenwerking tussen Defensie en marktpartijen tot stand te brengen waarin mensen, middelen en manieren wederkerig worden gedeeld en uitgewisseld.

Toen al ontstond de vraag hoe deze samenwerking juridisch vorm te geven, specifieker of er aanbestedingsverplichtingen waren en / of beperkingen op grond van het mededingingsrecht die de opzet en / of het in stand houden van het Ecosysteem door de jaren heen in de weg staan. Die vraag is aan ons voorgelegd. In dit onderzoek gaan we daarom na of, en zo ja, hoe de opzet van het Ecosysteem op basis van het Europese en / of nationaal (aanbestedings)recht aanbesteed dient te worden en of er mededingingsrechtelijke beperkingen gelden ten aanzien van zijn realisering (opzet en instandhouding), in het bijzonder ten aanzien van die aspecten die de wederkerigheid tussen Defensie en de (externe) deelnemende marktpartijen en/ of tussen de marktpartijen onderling betreffen.

Om deze vragen correct te beantwoorden, is het noodzakelijk allereerst het doel in kaart te brengen dat met het Ecosysteem wordt nagestreefd. Bij de organisatie van het Ecosysteem staat het doel ervan - het voorzien in de logistieke capaciteiten die noodzakelijk zijn voor de nationale veiligheid van de Nederlandse staat - centraal. In het bijzonder gaat dit om logistieke capaciteiten als onderdeel van de militair-operationele capaciteiten van Defensie om eigen en bondgenootschappelijk grondgebied te verdedigen en de internationale vrede en veiligheid te bevorderen.

De redenen die zijn opzet en instandhouding in deze vorm noodzakelijk maken worden eveneens besproken. Het Ecosysteem geeft Defensie garanties voor het behalen van het militaire doel doordat de deelnemende marktpartijen zich aan dit doel verbinden en in crisistijd alle nodige logistieke capaciteiten daarvoor beschikbaar stellen. Zoals hieronder zal worden toegelicht, is het dan noodzakelijk dat deelnemende marktpartijen in Nederland zijn gevestigd en in vreedstijd aan militaire oefeningen deelnemen. Ook moeten deze deelnemers een nader te bepalen aantal werknemers in dienst hebben die de Nederlandse nationaliteit bezitten en reservist zijn, zodat ze in crisissituaties aan militaire operaties kunnen deelnemen. Om toetreding tot het Ecosysteem aantrekkelijk te maken voor de marktpartijen zullen er in vreedstijd bedrijfseconomische voordelen uit deelname moeten zijn te behalen, zoals bijvoorbeeld deelname en ondersteuning aan militaire oefeningen en zogenoemde ‘witte logistiek’.

Doel en noodzaak van vorm worden besproken in Deel I van dit onderzoek. We bespreken dit doel van het Ecosysteem in het licht van de geopolitieke ontwikkelingen en juridische structuren waarbinnen het wordt nagestreefd.

Vervolgens bespreken we hoe het toepasselijke EU-recht geïnterpreteerd dient te worden, namelijk aan de hand van bestudering van zijn doel en in samenhang met het gehele EU-rechtelijke systeem

(Deel II). Dit is essentieel omdat het interne markt recht een ‘middel’ is om het fundamentele ‘doel’ van de EU na te streven - namelijk het verzekeren van de vrede tussen de volkeren van Europa – en in wezen daaraan ondergeschikt is. Alleen na deze bespreking kan ten slotte het Ecosysteem correct getoetst worden aan het EU interne markt recht (Deel III) en het nationale recht (Deel IV). Het nationaal recht wordt als laatste behandeld omdat de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV)<sup>1</sup> uitsluitend ter implementatie in Nederland van Richtlijn 2009/81/EG<sup>2</sup> voor de aankopen van de overheid op het terrein van defensie en veiligheid (hierna: de Defensierichtlijn) dient. Daarom is deze wet en de werkingssfeer ervan gelijk aan die van de Defensierichtlijn. Het bepalen van de werkingssfeer van deze wet is dus afhankelijk van de analyse van de richtlijn, wier werkingssfeer op haar beurt weer afhankelijk is van een analyse van het gehele EU recht.

In dit onderzoek willen we bovenal beklemtonen dat de verschillende crises waar de Unie in de laatste twee decennia mee te kampen heeft - op het terrein van de financiële markten, migratie, de rechtsstaat en nu gezondheid met de Covid19 epidemie -, laten zien dat in het algemeen het Unierechtelijke kader weinig is ingericht op crisissituaties en veelal tot noodmaatregelen en wet- en regelgeving leidt. Zo moesten ten tijde van de financiële crisis in rap tempo noodfondsen en steunmaatregelen voor banken tot stand worden gebracht om de economische gevolgen te beperken. De migratiecrisis leidde tot het sluiten van grenzen van een aantal lidstaten, grote conflicten tussen de lidstaten over de op te nemen migranten en tot een politiek omstreden deal met Turkije om migranten zoveel mogelijk te weren van Europees grondgebied.

De huidige Unierechtelijke respons op de Covid19-crisis laat zien hoe vloeibaar het Europese interne markt-, staatssteun-, en mededingingsrecht kan worden in tijden van crisis en tot opschorting leidt; grenzen die worden gesloten voor personen en goederen, noodhulp die aan bedrijven moet worden toegekend om faillissementen te voorkomen, etc. Door onvoldoende anticipatie van vrijwel alle staten op de mogelijkheid van het ontstaan van een pandemie zien we ook de desastreuze gevolgen van tekorten van menskracht in de zorg en de vele andere logistieke tekortkomingen in termen van benodigde testen, materialen, ic-capaciteit, etc.

Een les die de EU en de lidstaten hieruit zouden moeten trekken betreft de noodzaak van het ontwikkelen van een zo effectief mogelijk *ex ante* beleid voor het geval zich een veiligheids crisis in Europa zou voordoen. Het is daarom van groot belang te bepalen welke ruimte het Unierecht nu biedt voor het ontwikkelen van dergelijk beleid door de lidstaten zelf, zoals in Nederland in het voorgestelde ecosysteem, te meer en zo lang de EU hierin tekort schiet. Proactief de juridische

---

<sup>1</sup> Wet van 28 januari 2013 inzake implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied).

<sup>2</sup> Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, Publicatieblad van de Europese Unie, L 216 van 20.08.2009, p. 76 (de Defensierichtlijn).

ruimte en spelregels bepalen en invullen voor een dergelijk systeem moet de voorkeur hebben boven het reactief loslaten van allerlei marktregels in het geval van een crisis zoals we nu zien.

Elisabetta Manunza  
Nathan Meershoek  
Linda Senden

## DEEL I

### **Doel en organisatie Ecosysteem Logistiek bezien in het licht van de internationale geopolitieke ontwikkelingen en complexe juridische defensie en interne markt structuren**

#### **1.1. Doel Ecosysteem Logistiek**

Het primaire doel van het Ecosysteem is strategisch van aard. Het systeem beoogt te voorzien in de logistieke capaciteit om in crisissituaties de nationale veiligheid te kunnen waarborgen die tevens gevegd wordt door bondgenootschappelijke verplichtingen in de context van de NAVO en de EU. Door constante samenwerking aan te gaan met marktpartijen poogt Defensie garanties op tempo en schaalbaarheid van logistieke capaciteit in veiligheids crises te verkrijgen.

Dat het Ecosysteem in het bijzonder ziet op bondgenootschappelijke verplichtingen (NAVO en EU) en niet enkel op de eigen nationale territoriale integriteit blijkt uit de gezochte geografische reikwijdte van de nagestreefde capaciteit. De logistieke capaciteit moet uitzending van troepen buiten eigen grondgebied kunnen ondersteunen. Het zou in ieder geval één brigadetaakgroep op afstand van circa 1500 kilometer voor één jaar moeten kunnen ondersteunen.<sup>3</sup> Dit maakt het Ecosysteem geschikt om ten minste een deel van de oostgrens van bondgenootschappelijk (NAVO en EU) grondgebied bescherming te bieden voor één jaar.

In concrete zin komt dit strategische doel tot uiting in het zogenoemde *rodeknops scenario* waar het Ecosysteem in voorziet (daarover in de volgende paragrafen meer). Dit betekent dat Defensie in verschillende soorten crisissituaties over de nodige logistieke capaciteit van de deelnemende marktpartijen moet kunnen beschikken. Als uitgangspunt van dit scenario wordt in de Verkenning de situatie genoemd waarin Artikel 5 van het NAVO-verdrag in werking treedt na een gewapende aanval op een NAVO-lid.<sup>4</sup> Dit valt onder de eerste hoofdtak van Defensie, namelijk de bescherming van het eigen en bondgenootschappelijk grondgebied (*Hoofdtak Defensie I*).<sup>5</sup> Uit de Verkenning blijkt dat de markt (in dit geval de deelnemers aan de verkenning) wat betreft logistieke capaciteit kan (en wil) voorzien in de behoefte van Defensie. Dit gaat verder dan enkel een garantie op de inzet van de capaciteit van de deelnemende marktpartijen. Om in militair opzicht te kunnen functioneren in crisissituaties is in vredetijd ook periodieke grootschalige oefening nodig en daarbij horende training van het (civiele) personeel.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> R. Meijers en D. Verhoef (Kirkman Company), *Verslag verkenning Logistiek Ecosysteem – naar een strategische en innovatieve samenwerking*, maart 2020, p. 17.

<sup>4</sup> Zie: *Verslag verkenning Logistiek Ecosysteem*, p. 88 (bijlage 2).

<sup>5</sup> Zie: Ministerie van Defensie, *Eindrapport: Verkenningen – Houvast voor de Krijgsmacht van de Toekomst 2010*, p. 25.

<sup>6</sup> *Verslag verkenning Logistiek Ecosysteem*, p. 20.



Naast het voorzien in de logistieke capaciteit voor de eerste hoofdtak van Defensie dient het Ecosysteem ook in logistieke capaciteit te voorzien voor de uitvoering van de andere twee Defensiehoofdtaken, namelijk de bevordering van de internationale rechtsorde en stabiliteit (*Hoofdtak Defensie II*) en de ondersteuning aan civiele autoriteiten bij rechtshandhaving, rampenbestrijding en humanitaire hulp (nationaal én internationaal; *Hoofdtak Defensie III*).<sup>7</sup>

Dit sluit aan bij de constitutionele functie van de militaire veiligheid van de Nederlandse staat, welke verder reikt dan enkel de eigen territoriale integriteit. Zoals opgenomen in Artikel 97 Grondwet, is de krijgsmacht er ook ter “handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde”. Daarvoor is internationale samenwerking in EU- en NAVO verband noodzakelijk.

Om het Ecosysteem juridisch correct te analyseren, is kennis nodig van de complexe ontwikkelingen die na de Tweede Wereldoorlog (WOII) in het huidige defensiesysteem zijn uitgemond. De internationale geopolitieke ontwikkelingen van de laatste decennia hebben de wijze beïnvloed waarop de Nederlandse Krijgsmacht is georganiseerd en dit beïnvloedt weer de wijze waarop het Ecosysteem vorm dient te krijgen om aan het doel te voldoen waarvoor het wordt opgezet. In het hierna volgende lichten we dit toe.

## **1.2. Juridische analyse van het Ecosysteem Logistiek vergt kennis van de complexe ontwikkeling van het naoorlogse defensie systeem**

### **1.2.1. De oorsprong van een defensie systeem van verschillende lagen van (incomplete) regulering**

In de jaren na de oprichting van de NAVO namen de spanningen hevig toe tussen de Verenigde Staten (hierna: VS) en West-Europa, aan de ene kant, en de Sovjet-Unie, aan de andere kant. Het uitbreken van de Korea-oorlog leidde in het bijzonder tot de conclusie dat West-Duitsland zichzelf weer zou moeten bewapenen. Jean Monnet, het brein achter het Schuman-plan dat de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) tot stand bracht, verwoordde het in 1950 als volgt: “*La contribution allemande à la défense de l’Ouest étant indispensable, et le réarmement de l’Allemagne inacceptable*”.<sup>8</sup> Zodoende ontstond het plan voor een Europese Defensiegemeenschap (EDG) die de militaire macht van de lidstaten zou integreren en industriële en operationele besluitvorming zou toevertrouwen aan een supranationale autoriteit (vergelijkbaar met de EGKS). Alhoewel er een politiek akkoord kwam tussen de zes beoogde lidstaten (Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland, Luxemburg en België), was het uiteindelijk het Franse parlement dat in 1954 weigerde het verdrag te ratificeren. Zodoende kreeg de herbewapening van West-Duitsland toch

<sup>7</sup> Zie: Ministerie van Defensie, *Eindrapport: Verkenningen – Houvast voor de Krijgsmacht van de Toekomst 2010*, p. 25.

<sup>8</sup> Een bijdrage van Duitsland aan de militaire verdediging van het westen is noodzakelijk, en herbewapening van Duitsland is onacceptabel. J. Monnet, *Mémorandum au Président du Conseil* (18 septembre 1950), zie: <https://www.cvce.eu>.

vorm door toetreding tot de NAVO in 1955 en kwam het primaat voor (West) Europese veiligheid definitief te liggen bij deze intergouvernementele organisatie.

### 1.2.2. De verplichtingen op grond van het NAVO-Verdrag (1949)

Om de veiligheid in Europa en daardoor in de wereld na WOII te garanderen werd in 1949 namelijk al het NAVO-Verdrag<sup>9</sup> ondertekend door een grote meerderheid van de landen van West-Europa, de VS en Canada. Het NAVO-Verdrag is gebaseerd op het recht van collectieve zelfverdediging, zoals opgenomen in Artikel 51 VN-Handvest. Dit principe houdt simpelweg in dat “een gewapende aanval tegen een of meer van hen in Europa of Noord-Amerika als een aanval tegen hen allen zal worden beschouwd”, zoals wordt vastgesteld in Artikel 5 NAVO-Verdrag.

Het NAVO-Verdrag creëert echter niet enkel repressieve verplichtingen, maar bevat ook verplichtingen van preventieve aard. De partijen bij het verdrag hebben zich namelijk verplicht “hun individueel en collectief vermogen om een gewapende aanval te weerstaan [te] handhaven en ontwikkelen door voortdurend en op doelmatige wijze zichzelf te versterken en elkander hulp te verlenen” (Artikel 3). Kortom: NAVO-lidstaten dienen de capaciteiten te hebben om elkaar *daadwerkelijk* bescherming te bieden in militaire crisissituaties. Een aantal van deze verplichtingen is ook expliciet gemaakt. Zo kwamen in 2014 de NAVO-landen overeen om hier een budgettaire verplichting aan te koppelen. Ze spraken af dat ten minste 2% van het BNP van ieder land aan defensie zou moeten worden uitgegeven, waarvan ten minste 20% geïnvesteerd dient te worden in materieel.<sup>10</sup> De essentie van de verplichtingen ligt echter nog steeds in het kunnen bieden van daadwerkelijke bescherming aan elkaar. De effectieve benutting van industriële capaciteiten in crisissituaties vergt dan ook de nodige logistieke capaciteiten.

### 1.2.3. Ontwikkeling van de EU defensie strategie

Europese integratie met een supranationaal karakter kreeg definitief vorm met het in 1957 gesloten *Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap* (Verdrag van Rome of EEG-Verdrag) dat de Europese Economische Gemeenschap oprichtte en de basis legde voor een Europese interne markt. Het EEG-Verdrag beoogde de vrede en veiligheid tussen de volkeren van Europa indirect te garanderen via economische integratie en samenwerking.<sup>11</sup> De mogelijkheden

---

<sup>9</sup> Het Noord-Atlantisch Verdrag, Washington D.C., 4 april 1949.

<sup>10</sup> NAVO, *Wales Summit Declaration*, 5 September 2014, para. 14.

<sup>11</sup> Hierna volgt een letterlijk citaat uit voetnoot 59 van het preadvies van E.R. Manunza, “Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten”, aan de vereniging voor Bouwrecht: “In dit onderzoek zullen we verder gemakshalve van Europese Unie spreken ook wanneer er nog van Europese Gemeenschap (E[E]G) sprake was. Ter opfrissing. In 1957 werd in Rome het *Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap* (Verdrag van Rome) gesloten dat de Europese Economische Gemeenschap oprichtte. De juridische structuur van dit verbond dat in het begin uit maar een vijftal landen bestond, is door de jaren heen stapsgewijs gegroeid in ledental (inmiddels 27) en werkerterreinen. Een van de belangrijkste wijzigingen werd in 1992 bewerkstelligd met het Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag), waarmee een Europese Unie tot stand werd gebracht die naast de als ‘Europese Gemeenschap’ herdoopte EEG begon te functioneren. Vanaf dit moment veranderde ook de naam van het oprichtingsverdrag in *Verdrag tot oprichting van de Europese*

tot defensie-integratie werden in het Verdrag stevig begrensd. Het eerdere mislukken van de EDG leidde ertoe dat er verschillende bepalingen in het EEG-verdrag werden opgenomen om in de interne markt-context de militaire soevereiniteit van de lidstaten te garanderen door uitzonderingen op de interne marktregels toe te staan op grond van de bescherming van de openbare veiligheid (huidige Artikel 36, 52, 62, 65, 346 en 347 WVEU – Werkingsverdrag Europese Unie).

Na de val van de muur van Berlijn op 9 november 1989 en het verder uit elkaar vallen van de Sovjet-Unie verschoof de oude internationale veiligheidsdynamiek. De lidstaten van de EU stonden niet langer onder directe territoriale dreiging van de Sovjet-Unie. De VS trokken zich daarom geleidelijk terug uit Europa. Het was het begin van een verandering van een unipolaire werkende veiligheidswereldorde - met de VS als militaire wereldmacht - in een multipolaire. Reagerend hierop werkte de EU aan een uitbreiding in oostelijke richting en ontwikkelde het op basis van het Verdrag van Maastricht (in 1992 gesloten) een gemeenschappelijk buitenland- en veiligheidsbeleid (GBVB). Pas met dit Verdrag werd er ook een juridische grondslag voor militaire samenwerking in het primaire EU-recht opgenomen en kwam er een ambitie voor het ontwikkelen van een gemeenschappelijk veiligheids- en defensiebeleid (GVDB; nu Artikel 42 VEU – Verdrag betreffende de Europese Unie of EU-Verdrag). Doch duurde het nog een decennium voordat de Europese Raad, in december 2003, zijn eerste GVDB strategie lanceerde.

De verantwoordelijkheid van de EU om bij te willen dragen aan internationale vrede en veiligheid werd hierdoor een feit.<sup>12</sup> De eerste twee militaire missies van de EU in de Balkan gingen in 2003 van start, waarna meer missies volgden.<sup>13</sup> In geen enkel opzicht kan deelname aan dit soort missies echter als een verplichting voor de lidstaten worden gezien.<sup>14</sup>

De rol van de VS en de noodzaak van Trans-Atlantische samenwerking bleef wel nog steeds een realiteit. Militaire samenwerking op basis van het NAVO-Verdrag bleef de ruggengraat van Europese veiligheid. Maar door afbrokkeling van de Amerikaanse hegemonie en de politieke bereidheid van de VS om voor de Europese veiligheid garant te staan is in de EU Globale Strategie van 2016 de nadruk verschoven van Trans-Atlantische samenwerking naar ‘strategische autonomie’.<sup>15</sup> Naast de afnemende dominantie van de VS en de industriële en militaire opkomst

---

*Gemeenschap* ofwel *EG-(oprichtings)verdrag*. Door de wijzigingen aangebracht door het op 13 december 2007 ondertekend Verdrag van Lissabon, is het verdrag van Rome thans *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*, ofwel *Werkingsverdrag EU (2008/C11/47, WVEU)* gaan heten. Zie de geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de Europese Unie (2008)C115/13 en de geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2008)C115/47. De geconsolideerde versies van deze documenten vormen thans de wettelijke basis voor de Europese Unie.”

<sup>12</sup> Europese Raad, 15895/03 PESC 787, *A secure Europe in a better world – European Security Strategy*, Brussels: 8 December 2003.

<sup>13</sup> Voor een overzicht van 12 militaire missies sinds 2003 en het beperkte karakter ervan, zie: T. Palm & B. Crum, ‘Military operations and the EU’s identity as an international actor’, *European Security* 2019, pp. 513-534

<sup>14</sup> Denemarken heeft als enige lidstaat zelfs een gehele ‘opt-out’ met betrekking tot het GVDB.

<sup>15</sup> EU External Action Service, *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe – A Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy*, June 2016.

van China, wordt de hedendaagse wereld ook gekenmerkt door regionale supermachten zoals India, Iran, Saudi-Arabië en Rusland. Het externe beleid van de EU is er nu op gericht zelf een autonome rol in deze wereld te verkrijgen en behouden.

## DEEL II

### **Juridische toelaatbaarheid Ecosysteem moet worden beoordeeld in het licht van ontwikkeling, doel, systeem en geest van het gehele EU-recht**

Uit het voorgaande bleek dat het Ecosysteem voorziet in de logistieke capaciteiten welke de Nederlandse krijgsmacht nodig heeft om diens taken uit te voeren. Tevens werd duidelijk waarom de Nederlandse veiligheid afhankelijk is van bondgenootschappen, die verplichtingen met zich meebrengen. In de verkenning van de juridische autonomie en beslissingsruimte die aan lidstaten verblijft om een adaptieve krijgsmacht op basis van een Ecosysteem zoals voorgesteld te realiseren, kan men zich niet beperken tot een beoordeling enkel op grond van het nationale aanbestedingsrecht dan wel het Europese aanbestedingsrecht en interne markt recht. Een dergelijke benadering is namelijk te ‘eng’ omdat deze geen rekening houdt met de invloed die op dat recht uitgaat van andere belanghebbende ontwikkelingen aangaande nationale veiligheid in andere domeinen van het Unierecht en daarmee op belangrijke onderdelen tot een andere beoordeling van de juridische toelaatbaarheid van het Ecosysteem leidt, zoals we zullen zien in Deel III. Het interne markt recht moet dus worden gezien als een onderdeel van het algehele Unierechtelijke Verdragssysteem en in het licht daarvan worden geïnterpreteerd.

Hieronder zullen we dan ook de verplichtingen die het NAVO-Verdrag en de EU-Verdragen voor Nederland met zich brengen nader uitleggen in het licht van de overkoepelende doelstelling van de Unie en hoe het Unierechtelijke systeem ten aanzien van veiligheids- en defensiebeleid is geëvolueerd. Die bespreking is van cruciaal belang omdat die evolutie getuigt van het dynamische, ‘levende’ karakter van het Verdragskader en daarmee ook gevolgen heeft voor de beoordeling van het Ecosysteem binnen dat Verdragsrechtelijke kader en de interpretatie en toepassing van de interne markt-uitzonderingen in het bijzonder.

Het belang van deze bredere beschouwing wordt onderstreept door het gegeven dat het Hof van Justitie EU (hierna ook wel: het Hof of HvJEU) zich in zijn interpretatie van het Unierecht vooral bedient van de doelgerichte (*teleologische*) en systematische interpretatiemethoden. Het onderliggende doel en bredere systeem waar specifieke Verdragsbepalingen zoals die inzake de interne markt deel van uitmaken, zijn dus leidend voor de wijze waarop ze moeten worden geïnterpreteerd.

We zullen daarom eerst een schets geven van die interpretatiewijzen van het Hof en dan van de belangrijke wijzigingen in het EU-Verdragskader die een groter gewicht laten zien van het belang van vrede als Uniedoelstelling en van Europese en nationale veiligheid als onderdeel van het Unierechtelijke systeem.

In die bespreking nemen we ook de algemene beginselen van Unierecht mee die een bepalende rol spelen in de interpretatie van het Unierecht en daarmee ook in de beoordeling van de rechtmatigheid van het Ecosysteem. Tezamen vormen dit dan de bredere Unierechtelijke ijkpunten voor de wijze waarop in Deel III het Ecosysteem getoetst zal worden aan het interne markt recht. Die

interpretatieanalyse toont aan dat een Ecosysteem als in casu op grond van de nationale veiligheid kan worden gerechtvaardigd.

## **2.1. Doel en coherentie staan aan de basis van de interpretatie door het Hof van Justitie EU van het gehele Verdragsrechtelijke systeem**

Het Hof komt op grond van de prejudiciële procedure (Artikel 267 WVEU) de bepalende stem toe in de interpretatie van het Unierecht en in het kader van de inbreukprocedure (Artikel 258 WVEU) ook in de beoordeling van de rechtmatigheid van het optreden van lidstaten onder het Unierecht. Daarom is het voor de beoordeling van het Ecosysteem van belang inzicht te hebben in hoe het Hof in zijn interpretatie te werk gaat.

In zijn algemeenheid geldt dat rechterlijke interpretatie altijd keuzes met zich brengt en afwegingsruimte, die als zodanig niet wetenschappelijk kan worden begrepen of voorspeld maar enkel kan worden ‘berekend’ aan de hand van factoren die wijzen op een vaste argumentatie dan wel naar factoren van juridische motivering en besluitvorming.<sup>16</sup> Van belang voor de acceptatie van het gezag van het recht is uiteindelijk de overtuigingskracht - van de interpretatie - ervan. Op zijn beurt hangt dat af van de mate waarin juridische besluiten als juist/rechtvaardig worden ervaren in plaats van als willekeur en ze moeten begrijpelijk zijn, in de zin dat ze kunnen worden verantwoord onder verwijzing naar bestaande juridische normen.<sup>17</sup>

Een brede analyse van rechterlijke interpretatiekeuzes en het gebruik van verschillende interpretatiemethoden in de belangrijkste Westerse rechtssystemen heeft duidelijk gemaakt dat deze terug kunnen worden gebracht tot drie hoofdcategorieën van argumentatie, en die geacht worden bij te dragen aan voornoemde overtuigingskracht: (i) Linguïstische, (ii) Systematische en (iii) Doelgerichte.

### **2.1.1. Niet (alleen) naar de letter interpreteren van het Unierecht**

Hoewel deze verschillende argumentatiemethoden als complementair kunnen worden gezien, en als elkaar cumulatief versterkend in de richting van een bepaalde interpretatie, vormt een letterlijke interpretatie van de tekst van een juridische bepaling meestal het vertrekpunt gevolgd door de systematische en doelgerichte interpretatiewijzen.

Van oudsher bedient het Hof van Justitie EU zich echter bovenal van de laatste twee, omdat de linguïstische, letterlijke interpretatie in de context van het EU-recht extra wordt bemoeilijkt door het feit dat alle talen van de lidstaten van de EU officieel zijn en daarmee alle – 24! - taalversies van EU-recht gezaghebbend zijn; en door het feit dat alle EU-bepalingen een afspiegeling zijn van politieke compromissen tussen alle – nu 27 - lidstaten van de Unie. Het eindresultaat wordt soms wel aangeduid in termen van *constructive ambiguity*,<sup>18</sup> een tekst kan dus juist algemeen, vaag,

---

<sup>16</sup> G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 161.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Zie bijv: M. Jegen and F. Merand, ‘Constructive Ambiguity: Comparing the EU’s Energy and Defence Policies’, *West European Politics* 2014, p.182-203.



onduidelijk en multi-interpretabel zijn gehouden of juridische lacunes bevatten om zo tot een politiek compromis te kunnen komen. De linguïstische interpretatiemethode kan verder aan belang inboeten door de mate waarin de context of realiteit ten tijde van de vaststelling van oude, lang bestaande bepalingen nu onbelangrijk of verouderd is; het bestaan van conflicterende normen; en sterke(re) tegenargumenten van een ander type dat de normale kracht van een linguïstisch argument opzij zet, bijvoorbeeld het belang van een systematische coherentie.<sup>19</sup>

Dit scenario, en met name de beperkingen van de linguïstische interpretatiemethode, is zeer goed zichtbaar wanneer het gaat om het afwegen van belangen die enerzijds de interne markt betreffen en anderzijds kwesties van internationale politiek en veiligheid, zoals het geval is bij de beoordeling van de juridische toelaatbaarheid van het Ecosysteem. In par. 3.2.2.3. zullen we zien dat dat onder meer aan de orde is in de *Albore*-zaak met betrekking tot de interpretatie van Artikel 347 WVEU. Die zaak laat zien dat de Advocaat-Generaal overduidelijk van een bredere beoordelingsmarge van de lidstaten uitgaat op basis van het doel van de bepaling dan de bewoordingen daarvan zouden suggereren.

### **2.1.2. Beoordeling toelaatbaarheid Ecosysteem onder het interne markt recht vindt plaats aan de hand van een doelgerichte en coherente interpretatie van het ‘hele’ systeem**

Het bovenstaande maakt duidelijk dat het dus van fundamenteel belang is de EU-Verdragen zelf als een coherent systeem te bezien en de verschillende onderdelen daarvan – zoals het interne markt recht, aanbestedingsrecht, mededingingsrecht en het veiligheidsbeleid - niet als op zichzelf staande pijlers maar als samenhangende onderdelen van één gezamenlijk systeem en in het licht van de overkoepelende doelstelling zoals in Artikel 3, lid 1 VEU verwoord (zie verder hierover paragraaf 2.2.1.).

Sinds het Verdrag van Lissabon uit 2009 leggen de EU-Verdragen ook meer expliciete nadruk op *good governance* aspecten van het Unie-optreden, waaronder de noodzaak van consistentie en doelmatigheid. Zo bepaalt Artikel 13, lid 1 VEU nu dat de Unie over een institutioneel kader beschikt ‘dat ertoe strekt haar waarden uit te dragen, haar doelstellingen na te streven, haar belangen en de belangen van haar burgers en van de lidstaten te dienen, en de samenhang, de doeltreffendheid en de continuïteit van haar beleid en haar optreden te verzekeren’.

De systematische interpretatiemethode vindt zijn grond juist in het ideaal van coherentie en van non-contradictie van recht en beleid en geeft uitdrukking aan een basaal vereiste van consistentie, met name dat concepten consistent worden gebruikt en normen niet alleen verenigbaar moeten zijn met de regelgeving waar ze deel van uitmaken maar ook met andere relevante onderdelen van het recht en van het rechtssysteem meer algemeen, algemene rechtsbeginselen inbegrepen.<sup>20</sup> Daar waar het beroep op de wetgeving zelf en de bredere juridische context niet tot een eenduidige of tot een onbevredigende uitleg leidt, komt de doelgerichte interpretatiemethode in beeld waarbij het Hof zich laat leiden door het doel dat een bepaling nastreeft alsook de context. Daarbij zal het niet

---

<sup>19</sup> Beck 2012 (voetnoot 16).

<sup>20</sup> Beck 2012 (voetnoot 16).

alleen de waarden en doelstellingen in aanmerking nemen van de specifieke wetgeving in kwestie, maar ook die op Verdragsniveau zijn vastgelegd en daarmee tot een interpretatie komen die ‘in de geest’ van de EU-Verdragen is.<sup>21</sup> Het zijn deze methoden die het Hof hanteert om maatregelen te beoordelen die de interne markt belemmeren - het Ecosysteem is daar een voorbeeld van – en die lidstaten op grond van de uitzonderingsbepalingen pogen te rechtvaardigen.

Een illustratie hiervan kan worden gevonden in de *Leifer*-zaak die over nationale (openbare) veiligheid ging, waarin het Hof in r.o. 27 overwoog: “Daarbij komt, zoals de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat de scheidslijn tussen overwegingen van buitenlandse politiek en overwegingen van veiligheidsbeleid vaak moeilijk is te trekken. Bovendien kan de veiligheid van een staat, zoals de advocaat-generaal in punt 46 opmerkt, hoe langer hoe minder als een geïsoleerd probleem worden beschouwd, daar zij ten nauwste samenhangt met de veiligheid van de internationale gemeenschap in haar geheel en van de diverse onderdelen daarvan.”<sup>22</sup>

Leidend bij die interpretatiemethoden is het Europees effectiviteitsbeginsel. Dit rechtsbeginsel vergt bij de interpretatie van het Unierecht dat zijn ‘nuttige werking’ (*effet utile*) in aanmerking wordt genomen.<sup>23</sup> Dit betekent dat het Unierecht niet zo mag worden geïnterpreteerd dat het leidt tot een uitkomst die inconsistent is met de nagestreefde doelstellingen of de effectieve en praktische werking daarvan belemmert.<sup>24</sup> Het Hof houdt daarnaast niet alleen rekening met de juridische consequenties van zijn beslissing, maar ook met mogelijke sociale, politieke en economische consequenties ervan. Wederom biedt de al genoemde *Albore*-zaak hier een illustratie van en wijst de Advocaat-Generaal uitdrukkelijk op het belang van de nuttige, praktische werking van de aan Artikel 347 WVEU te geven uitleg en de preventieve maatregelen die in dat verband door lidstaten genomen zouden moeten kunnen worden (zie nader par. 3.2.2.3.). Het effectiviteitsbeginsel kan zodoende met zich brengen dat een *ruime* interpretatie van Europeesrechtelijke bepalingen in bepaalde omstandigheden moet worden gegeven, zoals in casu aan de nationale beoordelingsmarge ter zake van nationale veiligheid, en in andere gevallen *eng* dient te worden geïnterpreteerd. Deel III zal hier nader op inzoomen wat betreft de interne markt uitzonderingen ten aanzien van het Ecosysteem.

Gegeven de grote nadruk op systeem, doel en geest van de EU-Verdragen als leidraad voor de interpretatie, moet er nu worden gekeken welke relevante verdragswijzigingen er zijn geweest die een impact hebben gehad daarop en die daarmee ook de beoordeling van het Ecosysteem op grond van de interne markt bepalingen beïnvloeden.

---

<sup>21</sup> Vgl. reeds *Van Gend en Loos* waarin het Hof ‘de geest, algemene schema en bewoordingen’ van de Verdragsbepaling in aanmerking nam om te beoordelen of deze zich leende voor directe werking of niet. Zie: HvJEG 5 februari 1963, *Van Gend en Loos tegen Nederlandse administratie der belastingen*, zaak C-26/62, Jur. 1963, 00003.

<sup>22</sup> HvJEG 17 oktober 1995, *Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer*, zaak C-83/94, Jur. 1995, I – 3248.

<sup>23</sup> O.a. HvJEG 4 december 1974, *Yvonne van Duyn tegen Home Office*, zaak 41/74, Jur. 1974, 01337.

<sup>24</sup> HvJEG 10 juli 1991, *Neu*, zaak C-91/90, Jur. 1991, I-03617, r.o. 12-16 en HvJEG 4 oktober 2011, *Italie v. Commissie*, zaak C-403/99, Jur. 2001, I-06883, r.o. 37; Beck 2012, p. 211.



## **2.2. De veranderingen in het EU-Verdrag leiden tot een andere interpretatie van het interne markt recht en tot een andere belangenafweging aangaande nationale veiligheid**

De Europese rechtsorde en de daaraan ten grondslag liggende EU-Verdragen zijn te beschouwen als een *'living constitution'*.<sup>25</sup> Dit begrip vindt zijn oorsprong in de VS en verwijst enerzijds naar de geschreven, formele en politieke Grondwet, maar anderzijds ook naar de ongeschreven constitutie en ruimte die er is om door de tijd heen veranderende sociale, politieke en historische realiteiten in aanmerking te kunnen nemen die de opstellers van de Grondwet niet voor ogen hadden.<sup>26</sup> Hoewel de Unie een formeel 'Constitutioneel Verdrag van Europa' ontbeert, kenschetste het Hof reeds midden jaren '80 het (destijds nog) EEG-Verdrag als 'het constitutionele handvest waarop de Gemeenschap is gegrond'.<sup>27</sup> Naar hun inhoud kunnen het huidige EU-Verdrag en het Verdrag betreffende de werking van de EU inderdaad wel degelijk worden gezien als de constitutionele grondslagen waarop de Europese rechtsorde is gebaseerd en bevatten ze belangrijke grondbeginselen voor wat betreft de Uniedoelstellingen, waarden, taken en bevoegdhedenverhoudingen tussen de EU en haar lidstaten; wie mag wat, met welk doel en binnen welke randvoorwaarden? De vele Verdragswijzigingen laten zien dat die constitutionele grondslagen niet statisch zijn, maar in een continue ontwikkelingsproces.

De hierna te bespreken wijzigingen die het Verdrag van Lissabon in 2009 heeft gebracht ten aanzien van de centrale Uniedoelstelling – met nu een uitdrukkelijke focus op het realiseren van vrede - en het juridisch kader van bescherming van nationale constitutionele identiteit en het GVDB, geven een concrete uitdrukking aan dit 'levende', dynamische wezenskenmerk van de constitutionele basis van de EU.

### **2.2.1. Vrede is Uniedoelstelling, interne markt is daaraan ondergeschikte middel**

Een eerste belangrijke constatering is dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon we de doelstelling - *raison d'être* - van de EU in Artikel 3, lid 1 van het EU-Verdrag als volgt uitgedrukt zien:

“De Unie heeft als doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.”.

Het bewaken en realiseren van vrede en veiligheid in Europa is daarmee een van de centrale, richtinggevende uitgangspunten geworden voor het optreden van de Unie en moet als zodanig ook een ijkpunt zijn voor de interpretatie van het Unierecht. Dat optreden krijgt niet enkel gestalte in de vorm van het GBVB en GVDB. Ook de interne markt is een van de middelen om dit doel te realiseren en dus daaraan feitelijk ondergeschikt, in de zin het interne markt recht een dusdanige invulling en toepassing moet krijgen dat deze niet alleen leidt tot een sociale markteconomie zoals

---

<sup>25</sup> D. Curtin, *Executive Power of the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press 2009.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> HvJEG 12 februari 1985, *Les Verts*, zaak 284/83, Jur. 1985 00553.

Artikel 3, lid 3 sinds Lissabon met zoveel woorden bepaalt, maar ook dat deze bijdraagt aan de fundamentele doelstelling van vrede en veiligheid in Europa. In de eerdere versies van zowel het Unieverdrag als het Werkingsverdrag ontbrak een dergelijke doelomschrijving in termen van bevordering van de vrede.

Van belang is voorts dat dit doel zich niet beperkt tot het grondgebied van de lidstaten, gegeven dat Artikel 3, lid 5 stelt dat:

“In de betrekkingen met de rest van de wereld [...] de Unie haar waarden en belangen [handhaaft] en zet zich ervoor in, en draagt zij bij tot de bescherming van haar burgers. Zij draagt bij tot de vrede, de veiligheid, en de duurzame ontwikkeling van de aarde, de solidariteit en het wederzijds respect tussen de volkeren, de vrije en eerlijke handel, de uitbanning van armoede en de bescherming van de mensenrechten, in het bijzonder de rechten van het kind, alsook de strikte eerbiediging en ontwikkeling van het internationaal recht, met inbegrip van de inachtneming van de beginselen van het Handvest van de Verenigde Naties.”.

Zoals het bovenstaande citaat uit het *Leifer*-arrest al laat zien, hangen nationale veiligheid - in de context van de EU - en veiligheid van de internationale gemeenschap nauw met elkaar samen.

### **2.2.2. Militaire macht hebben en uitoefenen is uitsluitende nationale verantwoordelijkheid**

In de pre-Lissabon versie bepaalde het oude Artikel 6, lid 3 VEU eenvoudigweg dat ‘de Unie de nationale identiteit van haar lidstaten eerbiedigt.’ Artikel 4, lid 2 VEU in de post-Lissabon versie is veel specifiek en maakt allereerst duidelijk dat de Unie – waaronder overigens alle Unie-instellingen moeten worden begrepen - de nationale identiteit van de lidstaten eerbiedigt die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren. Het vervolgt dan in het bijzonder met:

“Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties van de lidstaten, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.”.

Geconcludeerd kan dus worden dat de lidstaten daarmee in hun hoedanigheid van Verdragsopstellers ondubbelzinnig hebben willen vastleggen dat het verzekeren van nationale veiligheid een bevoegdheid is die aan de lidstaten is blijven toe behoren.

Dat is in lijn met het beginsel van bevoegdheidstoedeling zoals vastgelegd in Artikel 4, lid 1 en 5, lid 2 VEU volgens hetwelk de Unie enkel binnen de grenzen van de bevoegdheden handelt die haar door de lidstaten in de Verdragen zijn toegedeeld om de daarin bepaalde doelstellingen te verwezenlijken. Uitdrukkelijk stellen deze bepalingen nu ook dat bevoegdheden die in de Verdragen niet aan de Unie zijn toegedeeld, aan de lidstaten toe behoren.

Echter, dit is maar één kant van de medaille; de andere kant is dat het VEU nu immers tegelijkertijd een bevoegdheidsgrondslag bevat voor de ontwikkeling van een gemeenschappelijk veiligheids- en defensiebeleid.

Vraag is nu hoe die ‘uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten’ dan te rijmen valt met deze bevoegdheid voor de Unie; hoe verhouden deze zich ten opzichte van elkaar?

Voor het antwoord is Artikel 42 VEU van belang. De strekking van deze bepaling is dat er weliswaar het streven is om tot een Europees defensiebeleid te komen, maar dat daartoe alleen kan worden besloten met instemmen van *alle* lidstaten in het kader van de Europese Raad<sup>28</sup> en na goedkeuring daarvan in alle lidstaten conform nationale grondwettelijke bepalingen (lees: parlementaire instemming) (lid 2).

Besluiten betreffende het GVDB vereisen eveneens eenparigheid van stemmen in de Raad (lid 4). Vormgeving van het GVDB berust dus op politiek commitment van *alle* lidstaten en in die zin is er dus geen sprake van een echte overdracht van bevoegdheden aan de Unie, maar bovenal van uitoefening van nationale bevoegdheden in een Europees kader voor zover lidstaten dat zelf willen. Het defensiebeleid behoudt kortom binnen de Europese Unie een sterk intergouvernamenteel karakter en vooralsnog is er geen overeenstemming tussen de lidstaten voor een daadwerkelijke gemeenschappelijk georganiseerde defensie(macht). Concreet betekent dat dat op militair gebied dus enkel de lidstaten bevoegd blijven om militaire operaties te autoriseren en militair materieel in te kopen; oftewel om militaire macht te hebben en uit te oefenen.

Tegelijkertijd gaat Artikel 42 VEU er sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon echter ook vanuit dat het GVDB de Unie voorziet van een operationeel vermogen dat op civiele en militaire middelen steunt (lid 1), dat de lidstaten hun militaire vermogens geleidelijk verbeteren en civiele en militaire vermogens ter beschikking stellen van de Unie voor de uitvoering van het GVDB (lid 3) en behelst het ook een verplichting van collectieve zelfverdediging (lid 7). Er zijn in die context ook nieuwe structuren geschapen waarbinnen dat kan gebeuren en samenwerking tussen de lidstaten vorm kan krijgen. Dat betreft allereerst het Europese Defensie Agentschap (EDA; Artikel 42, lid 3 j. 45 VEU) en daarnaast voorzagt het Verdrag van Lissabon ook voor de mogelijkheid om militaire samenwerking te intensiveren in het kader van de zogenaamde ‘permanente gestructureerde samenwerking’ (Artikel 42, lid 6 j. 46 VEU). In december 2017 ging deze samenwerking van start op basis van een besluit van de Raad van de EU.<sup>29</sup> Van de 27 Lidstaten (destijds nog 28), besloten 25 lidstaten aan deze samenwerking deel te nemen.<sup>30</sup> Het bijzondere aan dit nieuwe instrument zijn de in de bijlage van het besluit opgenomen “ambitieuze en verdergaande gemeenschappelijke verbintenissen”. Net als in de NAVO-samenwerking, worden militaire verplichtingen hier meer expliciet gemaakt. In december 2019 waren er 47 lopende samenwerkingsprojecten in dit kader. Deze variëren van een project aangaande militaire mobiliteit

---

<sup>28</sup> De Europese Raad dient niet met de Raad van de Europese Unie te worden verward.

<sup>29</sup> Raad van de Europese Unie, Besluit (GBVB) 2017/2315 tot instelling van de permanente gestructureerde samenwerking (PESCO) en tot opstelling van de lijst van deelnemende lidstaten, 11 december 2017.

<sup>30</sup> Alleen het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Malta besloten niet deel te nemen.

waar 24 lidstaten aan deelnemen tot een project waarbinnen Frankrijk en Italië samen een prototype voor een fregat ontwerpen en ontwikkelen.

Concluderend kan worden gesteld dat enerzijds de lidstaten in hun hoedanigheid van Verdragsopsteller een groter gewicht hebben gegeven in het EU-Verdrag aan het doel van vrede en het belang van de ontwikkeling van een structureel GVDB voor de realisering daarvan, door in de artikelen 42 tot en met 45 daar meer Europese ambities, verplichtingen en institutionele structuren aan te koppelen. Anderzijds gaat het Unierechtelijke systeem er echter nog vanuit dat deze hoofddoelstelling van de EU - die een collectieve zelfverdedigingsplicht omvat - gerealiseerd zal worden in het kader van de uitoefening van een bevoegdheid die nog steeds in handen ligt van de lidstaten zelf en waarbij ze de vrijheid wordt gelaten onder het GVDB om daar een eigen invulling aan te geven.

Het is dan ook aan de lidstaten om te bepalen hoe zij de operationele civiele en militaire vermogens realiseren die nodig zijn ter waarborging van de nationale veiligheid, die zich niet beperkt tot het eigen territorium maar ook uitstrekt tot dat van de gehele EU, van de NAVO-lidstaten en daarbuiten (zie deel I). In de interpretatie van het interne markt recht in Deel III van dit advies moet dan ook rekening worden gehouden met de veranderde juridische context, dus in het bijzonder in ogenschouw worden genomen hoe de met het Verdrag van Lissabon verzette bakens op het terrein van nationale veiligheid en GVDB nopen tot een andere interpretatie van het interne markt recht dan voor 2009. In dit verband kan er hier al op worden gewezen dat het ontstaan van de Defensierichtlijn terug gaat tot 2007 en daarmee in een andere politieke-economische-juridische realiteit tot stand is gekomen dan sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon aan de orde is.

### **2.2.3. Beginsel van Unietrouw versterkt nationale verantwoordelijkheid**

Het voorgaande noopt ook tot het in aanmerking nemen van verplichtingen die voor de lidstaten voortvloeien uit het beginsel van Unietrouw c.q. loyale samenwerking, vastgelegd in Artikel 4, lid 3 VEU, met het oog op het waarborgen van nationale en Europese veiligheid.

In algemene zin betreft dit beginsel een wederkerige plicht tussen de Unie en de lidstaten om respect ten opzichte van elkaar te betrachten en elkaar te steunen bij de vervulling van de taken die uit de EU-Verdragen voortvloeien. Voor de lidstaten vloeit er verder de specifieke verplichting uit voort alle maatregelen te nemen om aan hun Europeesrechtelijke verplichtingen te voldoen en de vervulling van de taken van de Unie te vergemakkelijken en zich te onthouden van alle maatregelen die de Europese doelstellingen in gevaar kunnen brengen. Met het oog op het voorgestelde Ecosysteem, kan worden betoogd dat waar het GVDB aan de ene kant verplichtingen op de lidstaten beoogt te leggen om vrede en veiligheid te waarborgen maar aan de andere kant zelf geen daadwerkelijke capaciteiten creëert om in die veiligheidsbehoeften te voorzien, er de nodige ruimte moet zijn voor nationaal beleid om de benodigde militaire capaciteit te realiseren. Op grond van het beginsel van Unietrouw kan zelfs worden gesteld dat lidstaten die ruimte moeten nemen om ervoor te zorgen dat er voldoende Nederlandse krijgsmacht capaciteit is om daadwerkelijk bij te kunnen dragen aan het garanderen van de Europese veiligheid zoals door het VEU nagestreefd. Daarnaast

kan het beginsel van Unietrouw ook als een richtingwijzer worden gezien voor de interpretatie van de uitzonderingsgronden ten aanzien van de interne markt bepalingen (Artikel 36, 45(3), 51, 52, 62, 347 WVEU); wanneer een lidstaat zijn eigen verantwoordelijkheid c.q. bevoegdheid uitoefent ter bescherming van de nationale veiligheid, dan is er wel een Unierechtelijke verplichting op basis van Unietrouw om het interne markt belang in aanmerking te nemen en de gevolgen daarvoor zoveel mogelijk te proberen te beperken.

#### **2.2.4. Verhouding EU – NAVO; hiërarchie van normen en NAVO-conforme uitleg**

Om de nationale veiligheid te garanderen - op nationaal niveau dus - blijft Trans-Atlantische samenwerking binnen de NAVO wel nog steeds een cruciale rol spelen. Een belangrijke kwestie die hier nog aandacht behoeft, is hoe militaire verplichtingen uit het NAVO-Verdrag zich dan verhouden tot het GVDB en ook of/wanneer deze voorrang kunnen hebben op EU-verplichtingen inzake de interne markt. Voor het NAVO-Verdrag geldt dat dit een bevoorrechte juridische positie geniet binnen de Europese Verdragen. Dit komt doordat het NAVO-Verdrag in 1949 in werking trad, bijna tien jaar voor het Verdrag van Rome (1958). Artikel 351 WVEU bepaalt in dat verband dat “rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór 1 januari 1958 [...] tussen één of meer lidstaten enerzijds en één of meer derde staten anderzijds, worden door de bepalingen van de Verdragen niet aangetast”.

Dit wordt ook benadrukt in Artikel 42, lid 7 VEU dat uitdrukkelijk bepaalt dat ‘de verbintenissen en de samenwerking op dit gebied in overeenstemming blijven met de in het kader van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie aangegane verbintenissen, die voor de lidstaten die er lid van zijn, de grondslag en het instrument van hun collectieve acties blijft.’ Dit is niet zo vreemd, nu er zes EU-lidstaten zijn die geen deel van de NAVO uitmaken (Zweden, Oostenrijk, Ierland, Finland, Malta en Cyprus). In strikt juridische zin, zou voor Nederland bij een militair conflict tussen Cyprus en Turkije de verplichting van de NAVO tot collectieve zelfverdediging boven de EU-verplichting gaan, indien beide landen dit zouden invoeren. Dus zou partij moeten worden gekozen voor Turkije, welke lid van de NAVO is.<sup>31</sup> Deze juridische realiteit is wellicht moeilijk te rijmen met de geopolitieke realiteit van spanningen tussen bepaalde lidstaten van de NAVO<sup>32</sup>, maar laat niettemin de complexiteit en fragiliteit van militaire samenwerking voor Nederland zien.

Absolute strijdigheid van de verplichtingen in het interne markt recht met de NAVO-verplichtingen zal echter niet gauw plaatsvinden. Dit komt doordat het vervullen van NAVO-verplichtingen voor diens lidstaten een inherent deel van de nationale veiligheid zijn, op basis waarvan in specifieke

---

<sup>31</sup> Vanwege het voortdurende conflict tussen Turkije en Cyprus over Noord-Cyprus (enkel door Turkije erkent als Turkse Republiek Noord-Cyprus en verder veelal gezien als bezet gebied) is Cyprus ook de enige EU-lidstaat welke geen deel uitmaakt van het NATO Partnership for Peace. Sinds de toetreding van Cyprus tot de EU in 2004 bemoeilijkt dit institutionele samenwerking waarbij veiligheidsinformatie wordt uitgewisseld tussen de EU en de NAVO.

<sup>32</sup> Daarnaast erkennen geen van de NAVO-landen behalve Turkije de Turkse Republiek Noord-Cyprus. Voor huidige spanningen, zie bijvoorbeeld: NRC, *De Amerikanen dreigen Turkije om Russische raketten*, 5 maart 2019 (<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/03/05/de-amerikanen-dreigen-turkije-om-russische-raketten-a3908068>)

gevallen en waar proportioneel afgeweken kan worden van EU-verplichtingen binnen de kaders van de EU-Verdragen. De EU-rechtelijke bepalingen aangaande de interne markt en de uitzonderingen daarop zullen dus zoveel als mogelijk conform de verplichtingen die voortvloeien uit het NAVO-Verdrag moeten worden geïnterpreteerd.

## DEEL III

### Verenigbaarheid van het Ecosysteem Logistiek met het EU interne markt recht<sup>33</sup>

#### 3.1. Invulling nationale veiligheid is uitsluitende bevoegdheid lidstaten

Dit hele onderzoek richt zich op de bestudering van de vraag of het Ecosysteem juridisch (on)toelaatbaar is volgens het nationale en Europese aanbestedings- en mededingingsrecht. Specifieker is het de vraag of en zo ja op welke juridische grond(en) Defensie een maatregel als de opzet en het in stand houden van het Ecosysteem mag aannemen die tot gevolg heeft dat het EU vrije verkeer van (logistieke) diensten wordt beperkt.

Het is namelijk een feit - in de optiek van het vrij verkeer - dat het Ecosysteem handelsbelemmerend werkt. Door het exclusief gunnen van overheidsopdrachten<sup>34</sup> aan de marktdeelnemers in het systeem worden andere (buitenlandse) ondernemers toegang tot dit specifieke deel van de Nederlandse markt voor overheidsopdrachten geweigerd. In het bijzonder zijn de vestigings- en nationaliteitseisen die binnen het Ecosysteem gesteld (moeten) worden voor deelname aan de marktpartijen beperkend voor de interstatelijke handel.

Van belang is nu te herinneren dat de EU interne markt met zijn vrijheden - het vrije vestigingsrecht en het vrij verkeer van diensten, goederen, personen en kapitaal tussen de lidstaten - als een fundament van de naoorlogse Europese integratie dient te worden gezien. Economische eenwording was cruciaal voor vrede en welvaart, en vormt nog steeds de basis voor de EU als (economisch) machtsblok in de wereld. Dit vrij verkeer kreeg in de EU-Verdragen sinds het Verdrag van Rome gestalte in bepalingen waarin genoemde vrijheden als ‘verbod’ op handelsbelemmeringen tussen de lidstaten vorm is gegeven.

Deze verboden mislukten in de liberalisering van een interne aanbestedingsmarkt. Overheden bleven eigen nationale marktdeelnemers bevoordelen boven die afkomstig uit andere lidstaten. Uiteindelijk werd daarom in de jaren zeventig besloten om secundaire regelgeving in de vorm van aanbestedings- liberalisatie en harmonisatierichtlijnen tot stand te brengen.<sup>35</sup> De voltooiing van een interne markt van overheidsopdrachten zou worden gerealiseerd door de ‘verboden’ op handelsbelemmeringen (negatieve integratie) te versterken door lidstaten ‘te gebieden’ handelsbelemmeringen actief uit de weg te ruimen (positieve integratie). Deze geboden zijn vervat

---

<sup>33</sup> Zie voor meer informatie over de in dit onderzoek gehanteerde methode om het Ecosysteem aan de verdragen te toetsen E.R. Manunza, *Europese aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit*, Kluwer 2001, Dissertatie Amsterdam; in het bijzonder het tweede deel.

<sup>34</sup> In Artikel 1 Defensierichtlijn wordt bepaald dat onder ‘opdracht voor diensten’ een ‘‘schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel’’ wordt verstaan voor het verrichten van diensten. Er wordt hierbij verwezen naar de (oude) Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG die net als de huidige aanbestedingsrichtlijn spreken van een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers.

<sup>35</sup> Richtlijn 71/305/EEG voor werken en Richtlijn 77/62/EEG voor goederen.



in de richtlijnen overheidsopdrachten die als een uitkristallisering moeten worden gezien van de vrijheden die met de verboden werden gegarandeerd.

Het WVEU voorziet zelf in diverse uitzonderingen op de neergelegde vrijheden om het interne markt rechtssysteem geen absoluut karakter te geven. Dit interne markt recht, gevormd door de negatieve en positieve maatregelen, is ten slotte enkel een ‘middel’ om het doel van de EU om de vrede, de waarborging van waarden en het welzijn van de volkeren van Europa te bevorderen (Artikel 3 lid 1 VEU). Duidelijk is dat er bepaalde uitzonderingen zijn op het verbod van handelsbelemmerende maatregelen of beperkingen van het vrije verkeer van goederen, diensten en personen voor situaties waarin de (openbare orde en) de openbare veiligheid op het spel staat, zoals de huidige artikelen 36, 52, 62, 65, 346 en 347 WVEU. Tal van bevoegdheden op het gebied van openbare veiligheid (zo ook openbare orde en volksgezondheid) bevinden zich namelijk nog nagenoeg in het geheel op het niveau van de lidstaat. In het licht van deze bevoegdheidsverdeling kan vrije interstatelijke handel nooit onbegrensd zijn wanneer dit aan de effectieve uitoefening van zulke kerntaken van de staat in de weg zou staan.

Het begrip openbare veiligheid (alsmede het begrip openbare orde) wordt in de EU-Verdragen niet nader omschreven.<sup>36</sup> In een aantal arresten heeft het Hof wel belangrijke indicaties voor de inhoud ervan gegeven.<sup>37</sup> Daarbij ging het Hof ervan uit, dat de lidstaten bij de hantering van de openbare veiligheid (en de openbare orde) over eigen beoordelingsbevoegdheid beschikken. Zo overwoog het Hof in het arrest *Van Duyn* dat:

“(…) de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, *naar land en tijd kunnen verschillen* en dat mitsdien ten deze aan de bevoegde nationale autoriteiten een beoordelingsmarge [...] moet worden toegekend”.<sup>38</sup>

Dat het bij de begrippen openbare veiligheid en openbare orde volgens het Hof om een verzamelterm gaat voor essentiële nationale belangen, komt uit zijn jurisprudentie duidelijk naar voren.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Herman Boonk, *De openbare orde als grens aan het vrij verkeer van goederen, personen en diensten in de E.E.G.* (diss. Groningen), Alphen aan de Rijn, Tjeenk Willink 1977, p. 136-149. T.C. Hartley, ‘Case Law’, *CMLR* 1983, nr. 20, p. 131-145. R.H. Lauwaars, ‘Het voorbehoud voor de openbare orde als beperking van het vrije verkeer van personen in de EEG’, *SEW* 1978, p. 829-839.

<sup>37</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEG 26 februari 1975, *C.A. Bonsignore tegen Oberstadtdirektor der Stadt Koeln*, zaak 67/74, Jur. 1975, I-0297; HvJEG 7 juli 1976, *L. Watson en A. Belmann*, zaak 118/75, Jur. 1976, I-1185; HvJEG 27 oktober 1977, *Regina tegen P. Bouchereau*, zaak 30/77, Jur. 1977, I-1999; HvJEG 22 mei 1980, *Regina tegen Minister van Binnenlandse Zaken, ex parte Mario Santillo*, zaak 131/79, Jur. 1980, I-1585. Zie ook het recente arrest van het HvJEG 13 juli 2000, *Alfredo Albore*, zaak C-423/98, n.n.g., via *Celex* beschikbaar; i.h.b. ro. 14-19.

<sup>38</sup> HvJEG 4 december 1974, *Van Duyn tegen Home Office*, zaak 41/74, Jur. 1974, p. 1350-1351; *SEW* 1976, p. 67 e.v. met noot Lauwaars.

<sup>39</sup> De beslissingen van het Hof in de zaak *Johnston* (222/84), en - in het kort - van de zaken *Sirdar* (C-273/97), *Kreil/ Bondsrepubliek Duitsland* (C-285/98) en *Leifer* (C-83/94) zijn voor deze analyse cruciaal: HvJEG 15 mei 1986, *Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, zaak 222/84, Jur. 1986, p.



### **3.2. De vraag: kan Defensie een maatregel als de opzet en het in stand houden van het Ecosysteem Logistiek aannemen zonder in strijd te komen met het EU interne markt recht?**

In het hiernavolgende beantwoorden we de fundamentele vraag in dit onderzoek door twee oplossingsvarianten te bespreken.

In de eerste oplossingsvariant wordt de ruimte bestudeerd die Defensie heeft om te beoordelen of ten aanzien van het Ecosysteem van de bepalingen van de aanbestedingsrichtlijn kan worden afgeweken om de openbare veiligheid (en de openbare orde) te beschermen, door een beroep op de uitzonderingsgronden die in de artikelen 52 (vestiging) en 62 (diensten) WVEU zijn voorzien.

De tweede oplossingsvariant gaat op de meer specifieke vraag in of het primair Unierecht de mogelijkheid aan Nederland laat om onder de daarin besproken omstandigheden waardoor de openbare (nationale) veiligheid (ernstig) dreigt te worden verstoord, zich ontheven te mogen achten van de verplichtingen die op Nederland rusten ingevolge de richtlijnen (en de EU-Verdragen).

#### **3.2.1. De eerste oplossingsvariant: het Ecosysteem rechtvaardigen door een beroep op de bescherming van de ‘openbare veiligheid’ uit de artikelen 52 en 62 WVEU?**

##### **3.2.1.1. Daadwerkelijk belang, noodzakelijkheid en proportionaliteit**

Zoals reeds vermeld, voorzien de EU-Verdragen in uitzonderingen voor wanneer een lidstaat maatregelen wil nemen om zeer belangrijke doeleinden na te streven die de tussenstaatse handel kunnen belemmeren. Aan deze mogelijkheid komt een einde als de materie in EU secundaire regelgeving is geregeld. Dan is in beginsel een beroep op deze uitzonderingsclausules - de artikelen 36, 52 en 62 WVEU - niet meer mogelijk. Bepalend is de vraag in hoeverre de regeling de desbetreffende materie *uitputtend* regelt.<sup>40</sup> Als de bedoeling om de materie uitputtend te regelen niet afgeleid kan worden uit de *tekst* en het *doel* van een richtlijn, moeten de lidstaten geacht worden een beroep te kunnen doen op de ontsnappingsbepalingen zoals neergelegd in de artikelen 36, 52 en 62 WVEU.

---

1651-1694. HvJEG 26 oktober 1999, *Angela Maria Sirdar tegen The Army Board en Secretary of State of Defence*, zaak C-273/97, Jur. 1999, I-7403. HvJEG 11 januari 2000, *T. Kreil tegen Bondsrepubliek Duitsland*, zaak C-285/98, nog niet gepubliceerd; HvJEG 17 oktober 1995, *Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer*, zaak C-83/94, Jur. 1995, I-3231.

<sup>40</sup> Indien Europese regelingen voorhanden zijn die het terrein bestrijken waarvoor ook een nationale regeling bestaat, dient het karakter van de richtlijn in eerste instantie te worden onderzocht. Het is van groot belang om ten eerste te kunnen vaststellen of er sprake is van minimum-, partiële of optionele harmonisatie [*i*] of van totale harmonisatie [*ii*]. Ad [*i*]: in deze gevallen dient te worden bestudeerd wat voor implementatiemogelijkheden de richtlijn aan de lidstaten overlaat. Er moet bijvoorbeeld worden onderzocht of de lidstaten voor wat betreft de bescherming van de openbare orde en veiligheid eisen mogen stellen die niet in de Europese regeling voorkomen. Ad [*ii*]: indien er sprake is van totale harmonisatie mogen de lidstaten bij implementatie van de Europese regeling niet afwijken van de bepalingen van de richtlijn. Het systeem en de bewoordingen van de richtlijn zijn bepalend voor de harmonisatienorm.

Dat de aanbestedingsrichtlijnen beslissings- en bevoegdheidsruimte aan de lidstaten laten omdat ze geen uitputtende Unierechtelijke regeling behelzen, blijkt uit de volgende rechtsoverweging van het Hof van Justitie in het *Beentjes*-arrest:

“(…) Er zij nog aan herinnerd, dat de Richtlijn […] *geen eenvormige en uitputtende* communautaire regeling behelst, doch dat de lidstaten binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij blijven om materiële en procedurele regels inzake aanbesteding […] te handhaven of vast te stellen, mits zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten.”<sup>41</sup>

Specifieker ten aanzien van de Defensierichtlijn die in 2009 werd aangenomen na jaren van onderhandelingen tussen de lidstaten en de instanties van de EU, bepaalt artikel 2 d) dat diensten zoals die aan de orde in het Ecosysteem onder de werkingssfeer van deze richtlijn vallen omdat ze een specifiek militair doel dienen.

Vraag is nu of de Defensierichtlijn elk beroep op de ontsnappingsbepalingen van artikelen (36,) 52 en 62 WVEU volstrekt onmogelijk heeft willen maken. Dit blijkt uit niets. Nog sterker. Een indicatie dat dit niet het geval is, vindt men in artikel 2 waarin uitdrukkelijk staat dat de richtlijn van toepassing is “onverminderd de artikelen 30, 45, 46, 55 en 296 van het Verdrag” (huidige artikelen 36, 52 en 62 en 346 WVEU).

In dit kader zal het Hof eerst onderzoeken of een beperkende maatregel die lidstaten nemen, gericht is op de verwezenlijking van een dwingend vereiste van algemeen belang van de lidstaten. Wanneer het duidelijk is dat een maatregel genomen wordt vanwege een daadwerkelijk veiligheidsbelang, dan dient deze ook proportioneel te zijn ten opzichte van het nagestreefde doel. Dan moet er worden voldaan aan de bekende eisen van *noodzakelijkheid* en *proportionaliteit*. Dit brengt met zich mee dat getoetst moet worden of de maatregel in kwestie geschikt is om de daarmee beoogde belangen te beschermen en of deze maatregel het meest passende middel betreft (*proportionaliteitseis*) die het handelsverkeer niet meer belemmert dan noodzakelijk is voor de bescherming van de beoogde belangen. De mate van autonomie van de lidstaat is wederom afhankelijk van de intensiteit van het veiligheidsrisico. Zo bepaalde het Hof dat wanneer het de militaire belangen van een lidstaat betreft, de noodzakelijkheid van een maatregel ligt in het bestaan van “*reële, concrete en ernstige risico's* […] die niet zouden kunnen worden vermeden door minder vergaande beperkingen”.<sup>42</sup>

Dit alles houdt in dat een militaire regeling kan worden gerechtvaardigd als door de lidstaat kan worden aangetoond dat teneinde het doel te bereiken waarvoor de regeling bestemd is, geen andere mogelijkheden voorhanden zijn die minder ingrijpend zijn. Daarnaast moet aan twee andere belangrijke eisen worden voldaan, wil aan het proportionaliteitsbeginsel zijn voldaan.

---

<sup>41</sup> HvJEG 20 september 1988, *Gebroeders Beentjes BV tegen Nederland*, zaak 31/87, Jur. 1988, 04635.

<sup>42</sup> HvJEG 13 juli 2000, *Alfredo Albore*, zaak C-423/98, Jur. 2000, I-05965, r.o. 14-16

De eerste eis betreft die van coherentie en consistentie; het realiseren van het met een maatregel nagestreefde doel moet op coherente en stelselmatige wijze geschieden, wil die maatregel aan voornoemd geschiktheids criterium voldoen.<sup>43</sup> In casu zou dit betekenen dat overheidshandelen met oog op de bescherming van nationale veiligheid blijk moet geven van samenhang en stelselmatigheid.

De tweede eis betreft die van transparantie; marktbeperkingen moeten zo transparant mogelijk zijn om zo de negatieve invloed ervan op de interne markt zoveel mogelijk te beperken. Dat betekent dat de beperkingen duidelijk en ondubbelzinnig zijn, objectief kenbaar voor marktdeelnemers en zoveel mogelijk vooraf openbaar bekend zijn gemaakt.<sup>44</sup> Het feit dat er ten aanzien van het Ecosysteem een marktverkenning heeft plaats gevonden en informatie over het systeem online beschikbaar is, laat zien dat openbaarheid is betracht. Overigens zal ten aanzien van geheime opdrachten transparantie van nature niet mogelijk zijn.

Er zijn kortom veel indicaties dat de Defensierichtlijn geen eenvormige en uitputtende regeling behelst. Hieruit volgt dat de lidstaten niet iedere ruimte is ontnomen om maatregelen vast te stellen ter bescherming van de openbare orde en veiligheid. Maar hoe dient dit te worden geconstrueerd?

### **3.2.1.2. Het bestaan van een daadwerkelijk belang van openbare veiligheid**

Allereerst dient er een daadwerkelijk belang van openbare veiligheid te zijn. Het uitgangspunt van het Hof hierbij is dat uitzonderingsgronden op het EU-recht niet ‘extensief’ kunnen worden uitgelegd. Dat wil zeggen dat er geen ‘algemeen voorbehoud’ is voor vanwege openbare veiligheid genomen maatregelen.<sup>45</sup> Dit zou in de weg staan aan het functioneren van het EU-recht, en in het bijzonder de interne markt. Een uitzondering op grond van de openbare veiligheid dient dus te zien op specifieke omstandigheden met een concreet veiligheidsrisico. Het is echter ook vaste jurisprudentie van het Hof dat deze ‘specifieke omstandigheden’ die een beroep op een uitzondering rechtvaardigen “naar land en tijd kunnen verschillen”.<sup>46</sup> Logischerwijs brengt dit een zekere beoordelingsmarge voor de nationale autoriteiten mee in het vaststellen van de veiligheidsbehoeften.<sup>47</sup> Naar mate de intensiteit van het veiligheidsrisico toeneemt, zal deze beoordelingsmarge dat ook doen. Deze beoordelingsmarge is ook in ‘de geest’ van de EU-Verdragen sinds Lissabon, gegeven de bevestiging in Artikel 4, lid 2 VEU dat nationale veiligheid een uitsluitende nationale verantwoordelijkheid is en het GVDB ruimte geeft aan de lidstaten om aan bepaalde vormen van samenwerking wel of niet deel te nemen.

---

<sup>43</sup> HvJEU 21 december 2011, *Europese Commissie tegen Republiek Oostenrijk*, zaak C-28/09 (*Tirolse luchten*).

<sup>44</sup> W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, A. Prechal, A.A.M. Schrauwen en L.A.J. Senden (red.), *Europees Recht. Algemeen Deel*, Europa Law Publishing 2020, p. 147.

<sup>45</sup> HvJEG 15 mei 1986, *Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, zaak 222/84, Jur. 1986, p. 1651-1694, r.o. 26.

<sup>46</sup> HvJEG 4 december 1974, *Yvonne van Duyn tegen Home Office*, zaak 41/74, Jur. 1974, p. 1350-1351, r.o. 18.

<sup>47</sup> HvJEG 17 oktober 1995, *Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer*, zaak C-83/94, Jur. 1995, I – 3248, r.o. 35.

Daarbij wordt het begrip openbare veiligheid niet zo nauw geïnterpreteerd dat het enkel ziet op de interne veiligheid van een lidstaat, maar betreft het ook de externe veiligheid van een lidstaat.<sup>48</sup> Deze externe veiligheid is onlosmakelijk verbonden met de internationale betrekkingen in brede zin. In het bijzonder het wel of niet aangesloten zijn bij een militaire alliantie zoals de NAVO. Het Hof heeft in dat verband erkend dat “het risico van een ernstige verstoring van de buitenlandse betrekkingen of van het vreedzaam samenleven der volkeren de externe veiligheid van een Lidstaat ongunstig kan beïnvloeden”.<sup>49</sup> Ook overwoog het in het arrest *Leifer* dat:

“(…) de scheidslijn tussen overwegingen van buitenlandse politiek en overwegingen van veiligheidsbeleid vaak moeilijk is te trekken. Bovendien kan de veiligheid van een staat [...] hoe langer hoe minder als een geïsoleerd probleem worden beschouwd, daar zij ten nauwste samenhangt met de veiligheid van de internationale gemeenschap in haar geheel en van de diverse onderdelen daarvan”.<sup>50</sup>

De Nederlandse regering beschouwt deelname aan de NAVO en het voldoen aan de verplichtingen die daaruit voortvloeien als onderdeel van de hoofdtaak van Defensie en daarmee als cruciaal onderdeel van de militaire buitenlandse betrekkingen. Het voldoen aan deze verplichtingen is een belangrijk onderdeel van het doel van het Ecosysteem. Dit betekent ook dat bij de juridische beoordeling van verplichtingen die uit het interne markt recht voortvloeien rekening gehouden moet worden met verplichtingen uit het GVDB. Dit is noodzakelijk om tot een coherente uitleg van het EU-recht als geheel te komen. Het voldoen aan de permanente verplichtingen uit het GVDB is tevens zoals in deel II is uitgelegd nauw verbonden met het beginsel van Unietrouw.

### **3.2.1.3. Is het Ecosysteem ‘noodzakelijk’ om de nationale veiligheid te waarborgen?**

Enkele essentiële kenmerken van het Ecosysteem kunnen als een handelsbelemmering vanuit EU interne markt recht perspectief worden gezien; doch zijn die alsnog als noodzakelijk te beschouwen om de nationale veiligheid te waarborgen, zoals we hierna aantonen.

De kenmerken zijn namelijk te herleiden naar de wijze waarop de Nederlandse Krijgsmacht onder de invloed van internationale geopolitieke ontwikkelingen in de laatste decennia is geëvolueerd. Ze hebben te maken met door de tijd groeiende verantwoordelijkheden op nationaal, Europees en globaal niveau, zoals we in de voorgaande onderdelen al zagen.

We motiveren tevens dat deze kenmerken noodzakelijke zijn om zowel in tijden van vrede als in tijden van crisis aan de bondsgenootschappelijke en grondwettelijke verantwoordelijkheden en verplichtingen van Nederland te kunnen voldoen.

<sup>48</sup> HvJEG 4 oktober 1991, *Aimé Richardt*, zaak C-367/89, Jur. 1991 I-04621 r.o. 22.

<sup>49</sup> HvJEG 17 oktober 1995, *Fritz Werner Industrie Ausrüstungen GmbH*, zaak C-70/94, Jur. 1995, I-03189, r.o. 27.

<sup>50</sup> HvJEG 17 oktober 1995, Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer, zaak C-83/94, Jur. 1995, I – 3248, r.o. 27.

### a. Internationale verplichtingen vereisen nationale capaciteiten

Noch de NAVO-alliantie noch het EU-defensiebeleid voorzien in geïntegreerde militaire capaciteiten. Of het nu industriële, logistieke of operationele capaciteiten betreffen, lidstaten van de bondgenootschappen dragen elk een individuele verantwoordelijkheid - naar eigen bevolking en naar elkaar - om voldoende militaire capaciteiten te hebben.

In het bijzonder dienen staten voorbereid te zijn op crisissituaties. Voor de NAVO geldt dat Artikel 3 NAVO-Verdrag bepaalt dat de partijen bij het verdrag “ieder voor zich en gezamenlijk, hun individueel en collectief vermogen om een gewapende aanval te weerstaan handhaven en ontwikkelen door voortdurend en op doelmatige wijze zichzelf te versterken en elkander hulp te verlenen.”

In de context van de EU rusten er ook verplichtingen op de Nederlandse staat om militaire capaciteiten te hebben om een bijdrage te leveren aan het EU defensiebeleid. Enerzijds vloeien deze voort uit Artikel 42 VEU, en anderzijds uit de specifieke verplichtingen welke Nederland is aangegaan in het kader van permanente gestructureerde samenwerking. In Deel I en II van dit onderzoek is dit al diepgaander bestudeerd.

Het begrip *nationale capaciteiten* dient in dit verband breed te worden uitgelegd, waar het ziet op alle capaciteiten welke op nationaal grondgebied gevestigd zijn.

In crisissituaties kan de staat met noodwetgeving middelen van private entiteiten vorderen (zie ook hierna Artikel 347 WVEU besproken onder de tweede oplossingsvariant).

Ten tijde van een *nationale crisis* in een enkele lidstaat zullen de wederzijdse verplichtingen en een bepaalde mate van solidariteit de andere lidstaten normaliter doen bijspringen door het ter beschikking stellen van capaciteiten (welke dan ook nodig is). De capaciteiten bezitten om te kunnen voldoen aan deze verplichting is een intrinsiek doel van de opzet van een goed werkend Ecosysteem voor logistieke dienstverlening.

Op het moment van een *internationale crisissituatie* zoals oorlog zullen dezelfde lidstaten echter altijd eerst hun eigen capaciteiten zo goed als mogelijk inzetten ten behoeve van de eigen nationale veiligheid. De huidige Covid-19 crisis heeft dit in een andere context benadrukt, nu ook binnen de geïntegreerde markt van de EU de lidstaten allereerst aan eigen ziekenhuizen en bevolking de nodige medische apparatuur beschikbaar stelden, alvorens weer grensoverschrijdende handel daarin toe te staan.

Deze kwetsbaarheid is inherent aan het systeem van zowel de NAVO als de EU. De structuren van de NAVO en de EU gaan namelijk uit van een politiek en juridisch systeem dat gebaseerd is op wederzijdse verplichtingen maar zonder in gemeenschappelijke capaciteiten daarvoor te voorzien.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Dit overigens in tegenstelling tot de vroegere Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) en de voorgenomen Europese Defensiegemeenschap (EDG).

Het uitgangspunt is aldus dat lidstaten zelf primair verantwoordelijk zijn voor het creëren van de benodigde capaciteit om aan zowel Europese als NAVO-verplichtingen te voldoen.

Het feit dat militaire missies gezamenlijk (kunnen) worden uitgevoerd (onder één commando ‘indien gewenst’)<sup>52</sup>, verandert dit niet. Nationale regeringen blijven uitsluitend bevoegd tot het uitzenden van troepen en tevens als enigen politiek verantwoordelijk voor het slagen ervan.<sup>53</sup>

#### **b. Samenwerking met Nederlandse private marktpartijen nodig voor toe-eigening van (logistieke) diensten in crisissituatie**

In zuiver theoretische zin wordt de hoogste mate van veiligheid bereikt met de hoogste mate van zelfvoorziening (autarkie) in operationele en industriële zin. Dit wil zeggen dat een staat binnen diens landsgrenzen voldoende capaciteit moet hebben om zichzelf te beschermen tegen een aanval van buitenaf. In zekere zin is het niet relevant of de capaciteiten zich volledig in de publieke sfeer van de staat bevinden of ook deels bij private (markt)partijen, nu in een crisissituatie de overheid de autoriteit heeft zich de private capaciteiten te kunnen toe-eigenen.

Dat dit cruciaal is en ook een daadwerkelijke realiteit is, was vrij snel te zien na het ontstaan van de huidige Covid-19 pandemie crisis. De VS deden een beroep op een oude nationale oorlogswet om te bepalen welke percentage van de door Philips op het Amerikaanse territorium geproduceerde beademingsapparatuur voor de thuismarkt bestemd bleef en welke percentage buiten de VS mocht worden geëxporteerd. Dit in afwijking van door het bedrijf zelf (en eerder) genomen afspraken. Ook EU-lidstaten pasten de ‘toe-eigening’- strategie ten opzichte van elkaar toe na het ontstaan van de Covid-19 crisis. Ze voerden een export verbod in op producten die voor de zorg noodzakelijk zijn, zoals mondkapjes, handschoenen, beademingsapparatuur, etc. Landen kwamen zodoende in een situatie van ‘zelf-redding’ terecht. Ook werden beroepen die voorheen - niet in crisissituatie - als zuiver commercieel werden beschouwd als van cruciaal belang bestempeld.

De Covid-19 pandemie crisis heeft goed zichtbaar gemaakt dat het EU interne markt systeem in deze zin kwetsbaar is. Het voorziet namelijk niet in een systeem dat de ‘toe-eigening’ strategie op effectieve wijze tegen kan gaan. De afwezigheid van een dergelijk systeem heeft ingrijpende consequenties. Naast het gevaar dat afspraken die gemaakt zijn in tijden van stabiliteit en vrede, in crisistijd worden opgeschort, is er ook een andere consequentie te melden.

Zoals we onlangs zagen gebeuren in Nederland, werden commerciële diensten al gauw als vitale diensten / beroepen aangemerkt. Bijvoorbeeld vervoer van afval en vuilnis (in Nederland wordt normaliter alleen huishoudelijk afval als een tak van algemeen belang beschouwd) en ook de voedselketen werden in de lijst van cruciale beroepsgroepen opgenomen. Zie verder op deze link de lijst met cruciale beroepsgroepen en de lijst met vitale processen na de Covid-19

<sup>52</sup> Bijvoorbeeld in EU-verband, zie: Artikel 42(1) VEU.

<sup>53</sup> Zie: Artikel 97(2) Grondwet.



crisis <https://www.nationaleberoepengids.nl/cruciale-beroepsgroepen-covid-19>. Logistiek speelt overigens in beide categorieën een sleutelrol.

Uiteraard is complete zelfvoorziening onhaalbaar. Het is een onwerkbaar scenario niet alleen uit financieel en praktisch oogpunt maar ook vanuit het oogpunt van de internationale betrekkingen. Dit omdat in een geglobaliseerde en genucleariseerde wereldorde het voor Nederland noodzakelijk is om deel uit te maken van economische- en militaire machtsblokken. In militair opzicht betekent dit dat er bijdragen aan deze allianties moeten (kunnen) worden geleverd.

In beginsel druist dit in tegen het EU-perspectief dat een concurrerende *Europese* militaire interne markt nodig is enerzijds om de veiligheid en de soevereiniteit van de lidstaten te waarborgen en anderzijds om de autonomie van de Unie in de wereld te vergroten. Dit is gebaseerd op de traditionele gedachte dat een geïntegreerde Europese militaire interne markt niet alleen schaalvoordelen en een positieve impact op de innovatiekracht van de sector heeft, maar dat die verbeterde marktconditie lidstaten ook in staat stelt om betere producten te kunnen aanschaffen die noodzakelijk zijn om over de soevereiniteit en veiligheid in de wereld te waken. Voor de EU creëert een geïntegreerde markt een fundament waarop toekomstige geïntensiverde defensiesamenwerking in het kader van de GVDB, indien gewenst, geïntensiveerd kan worden.<sup>54</sup>

Doch gaan deze theorieën slechts in beperkte mate op wanneer het gaat om de inkoop van logistieke diensten en niet om de inkoop van overige militaire goederen. Bij logistieke diensten gaat het namelijk vooral om de vraag hoe er voor zorg te dragen dat in een crisissituatie de beschikbaarheid van logistieke capaciteit aan de verhoogde vraag (onmiddellijk en op constante wijze) beantwoordt. Rekening houdend met de huidige organisatie van defensie en veiligheid in de EU, staat het buiten iedere twijfel dat in crisissituaties de staat met noodwetgeving middelen van private entiteiten moet kunnen vorderen. Dat dit het geval kan zijn, wordt ook erkend door de EU-Verdragen in Artikel 347 WVEU (zie hierna onder oplossingsvariant 2).

### **c. Samenwerking met ‘Nederlandse’ private marktpartijen met werknemers van ‘Nederlandse’ nationaliteit vereist door personeelskrimp Defensie**

Sinds het einde van de Sovjet-Unie heeft de Nederlandse krijgsmacht een immense krimp doorgemaakt. Tussen 1990 en 2010 halveerde de personele omvang van de krijgsmacht en is zij tevens volledig uit beroepspersoneel gaan bestaan. Ook de materiële omvang van de krijgsmacht

---

<sup>54</sup> Tegelijk is het een feit dat - vanuit globaal perspectief - deze economische ‘globalisering in de militaire sector’ tot hogere mate van specialisatie en technologische innovatie heeft geleid. Om hoogwaardige capaciteiten te bezitten is het daardoor soms noodzakelijk om bepaald militair materieel te importeren. De kosten van alles zelf produceren zouden een te groot gat slaan in de staatsbegroting. Daarnaast vergeten we niet dat slechts enkele staten in het bezit zijn van de industriële capaciteit om nucleaire wapens te ontwikkelen. Deze geopolitieke overweging staat verder los van het non-proliferatieverdrag (Verdrag inzake niet-verspreiding van kernwapens). Dit noodzaakt de staten die dit niet hebben om bescherming te zoeken bij ten minste één andere staat welke deze capaciteit wel heeft. Ook zulke strategische militaire samenwerking gaat vaak samen met industriële samenwerking.

verkleinde. Zo bleven er van de 913 tanks in 1990 slechts 91 over in 2009. In dezelfde periode daalden de defensie-uitgaven in reële termen met vijftien procent.<sup>55</sup> Deze daling zette in de nasleep van de financiële crisis door tot 2015, waarna weer een stijgende trend werd ingezet.<sup>56</sup> De huidige tendens van toenemende en onvoorspelbare wijzigingen in dreiging vergen een verhoging van logistieke capaciteit als onderdeel van de totale operationele capaciteit. Op het moment van dit schrijven kampt Defensie met ongeveer 8300 vacatures op een personeelsbestand van een kleine 60.000 mensen waarvan ruim 40.000 militairen. Veruit het grootste aantal vacatures betreft de militaire functies.<sup>57</sup>

De hoge mate van flexibilisering van de arbeidsmarkt heeft de doorlopende inzet van eigen personeel voor de gewenste logistieke capaciteit onhaalbaar gemaakt. Defensie heeft in dat verband ook een flexibilisering van personeelsbeleid ingezet. Na de evaluatie van de *pilot Logistiek en Personeel 2017/18* werd er door de Koninklijke Landmacht aangekondigd dat het langdurige strategische samenwerking met het bedrijfsleven wil aangaan.<sup>58</sup> Het Ecosysteem streeft na om in het licht van deze ontwikkelingen in de hoogst haalbare logistieke capaciteit te voorzien. Dit betekent in het bijzonder dat in crisissituaties gebruik moet worden gemaakt van personeel van de deelnemende private marktpartijen.<sup>59</sup> Het Ecosysteem past in die zin binnen een bredere ontwikkeling waarin civiele capaciteiten worden geïntegreerd in de Krijgsmacht om Defensie een flexibele capaciteit te verschaffen die op momenten dat tijdelijk en plaatselijk een grotere behoefte ontstaat ingezet kan worden (ook voor militaire functies). Dit kan alleen functioneren door langdurige strategische samenwerkingsverbanden met marktdeelnemers aan te gaan. In die context wordt er bijvoorbeeld ook gestreefd naar een strategisch samenwerkingsverband voor maritieme capaciteit.<sup>60</sup> Als zodanig komt dit beleid tegemoet aan de eis van samenhang en consistentie.

Eenzijds het belang van het waarborgen van de nationale veiligheid en het kunnen voldoen aan Europese en NAVO bijstandsverplichtingen en anderzijds het feit dat de krijgsmacht simpelweg niet over de personele en materiele (publieke) middelen beschikt om dat te kunnen verzekeren, vergen dat alle aan het Ecosysteem deelnemende bedrijven in tijden van crisis onder de jurisdictie van mogelijke Nederlandse noodwetgeving dienen te vallen. Het is daarom noodzakelijk om deelneming aan het Ecosysteem afhankelijk te stellen van vestiging op Nederlands grondgebied.

In het *rodeknopscenario* zal tevens (een gedeelte van) het personeel van de deelnemende private marktpartijen militair inzetbaar moeten zijn. De logistiek van militaire operaties staat namelijk in

---

<sup>55</sup> *Verkenningen – Houvast voor de Krijgsmacht van de Toekomst 2010*, p. 30-32.

<sup>56</sup> SIPRI Database Military Expenditure, *Data for all countries 1988-2019* zie: <https://www.sipri.org/databases/milex>

<sup>57</sup> Zie ook het interview met de Commandeur van de Strijdkrachten luitenant-generaal Rob Bauer: <https://www.platformdefensiebedrijfsleven.nl>

<sup>58</sup> *Verslag verkenning Logistiek Ecosysteem*, p. 10.

<sup>59</sup> *Verkenningen – Houvast voor de Krijgsmacht van de Toekomst 2010*, p. 184-185.

<sup>60</sup> Zie: <https://www.platformdefensiebedrijfsleven.nl/ministerie-van-defensie-en-spliethoff-starten-pilot-ecosysteem-maritieme-capaciteit/>



direct verband met de operaties zelf. Voor het Ecosysteem betekent dit dat het noodzakelijk is om deelneming afhankelijk te stellen van het in dienst hebben van een nader te bepalen hoeveelheid reservisten en zogenoemde *reservistables*.<sup>61</sup>

Daarnaast zullen deze werknemers de Nederlandse nationaliteit dienen te bezitten om in crisissituaties militair te kunnen functioneren. Zodra deze werknemers gemilitariseerd worden, zullen ze namelijk een functie in openbaar gezag uitoefenen. De EU-Verdragen bevatten specifieke uitzonderingen voor functies in de openbaar gezag-keten (zie artikelen 45(4) en 51 WVEU). Op grond van de nog te behandelen geschreven rechtvaardigingsgronden, inclusief dus de openbare veiligheid, zijn ‘direct discriminerende beperkingen’ op grond van nationaliteit te rechtvaardigen (zie paragraaf 3.2.1.4.).

#### **d. Duurzame waarborging veiligheidsbelangen vereist gesloten systeem**

De belangrijkste voorwaarden die gesteld zullen worden aan marktpartijen om aan een systeem deel te nemen zijn hiervoor uiteengezet. Na selectie van de deelnemers zal het Ecosysteem, in ieder geval voor een bepaalde tijdsduur, een gesloten systeem omvatten. In het licht van de screening en training van de werknemers van de deelnemers en de grootschalige oefeningen die met de deelnemers worden uitgevoerd, is het noodzakelijk voor Defensie om de relatie met de derden voor een lange tijd aan te gaan. Deze tijdsduur en voorwaarden voor toetreding zullen op basis van de genoemde overwegingen bepaald moeten worden.

#### **e. Betaalbaar houden nationale veiligheid vereist samenwerking met private marktdeelnemers**

De schaal van logistieke capaciteit die door Defensie wordt nagestreefd is financieel op andere wijze niet haalbaar met een doorlopende eigen logistieke capaciteit, welke dan in tijden van stabiliteit onbenut zou blijven. Overheden dienen met beperkte middelen te voorzien in tal van behoeften. Behalve nationale veiligheid worden ook de volksgezondheid en het onderwijs grotendeels met staatsmiddelen bekostigd. Logischerwijs is het voor een duurzame balans in de overheidsuitgaven en het waarborgen van een verscheidenheid aan publieke belangen noodzakelijk dit op een zoveel mogelijke kostenefficiënte wijze te doen. Net zoals in andere sectoren die tot de kerntaken van de Nederlandse staat behoren (gezondheidszorg, onderwijs en sociale zekerheid), poogt Defensie deze doelen te bereiken door middel van een zo effectief mogelijk en constant gebruik van publieke- en private middelen.

Kortom: het Ecosysteem streeft een efficiënt gebruik van totale logistieke capaciteit na. Dit geeft een garantie aan Defensie voor voldoende capaciteiten en totale inzetbaarheid daarvan in tijden van crisis. In tijden van stabiliteit brengt dit bedrijfseconomische voordelen voor de overige deelnemers, omdat dan ook capaciteiten van Defensie aan hen beschikbaar kunnen worden gesteld.

Dat de maatregel deels wordt gekozen vanwege de financiële belangen van de staat is geenszins problematisch voor de toepassing van een rechtvaardigingsgrond. In de context van de volksgezondheid is het vaste rechtspraak van het Hof dat het risico op een “ernstige aantasting van

---

<sup>61</sup> Personeel dat bereid is reservist te worden.

het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel” wel een beperking van de vrije handel kan rechtvaardigen.<sup>62</sup> Ook in het kader van het EU-aanbestedingsrecht oordeelde het Hof dat in de context van een stelsel met een sociale doelstelling, solidariteit en kostenefficiëntie relevante overwegingen zijn welke onder omstandigheden onderhandse gunning van overheidsopdrachten kunnen rechtvaardigen.<sup>63</sup> Het veiligheidsdoel in combinatie met de toename in kostenefficiëntie welke het uitwisselen van logistieke capaciteit met zich meebrengt leidt tot een soortgelijke rechtvaardiging voor het buiten toepassing houden van het EU-aanbestedingsrecht.

**f. Zekerheid voor de levering van logistieke diensten in crisissituatie vereist ‘Do ut des’ relatie tussen Defensie en derden in tijden van vrede en stabiliteit**

Het Ecosysteem wordt georganiseerd op basis van wederkerigheid tussen Defensie en de marktdeelnemers. Deze wederkerigheid bestaat alleen in tijden van vrede en stabiliteit. Afhankelijk van in hoeverre een crisissituatie intensiveert, zullen de behoeften van Defensie dat ook doen en zal de wederkerigheid afnemen. Het primaire doel van het Ecosysteem is immers het verzekeren dat Defensie in tijden van crisis zich onmiddellijk op de beschikbaarheid van de samenwerkende partijen kan beroepen en dat deze partijen met onmiddellijke snelheid daarop reageren. Het is begrijpelijk dat het voor de deelnemende marktpartijen aantrekkelijk moet zijn om hun permanente deelname aan het Ecosysteem te garanderen. Voor deze partijen is het noodzakelijk om een perspectief te hebben om (een deel van) de ‘witte logistiek’ in tijden van vrede en stabiliteit te kunnen uitvoeren; zoals ook bleek uit de door Defensie eerder gehouden Marktverkenning.

De private deelnemers aan het Ecosysteem moeten namelijk daadwerkelijk het vermogen bezitten om het Ecosysteem in crisistijd onmiddellijk en goed te laten functioneren. Ze nemen een grote verantwoordelijkheid op zich. Dit vergt continue investeringen in vreedestijd om in crisistijd snel te kunnen leveren wat van ze wordt gevraagd. Zo zullen zij en hun personeel ook in vreedestijd aan hoge eisen moeten voldoen en moeten deelnemen aan grootschalige oefeningen. Al dit operationeel vermogen in stand kunnen houden, kan alleen worden verzekerd wanneer er voor die partijen ook in vreedestijd in voldoende opdrachten door Defensie wordt voorzien. In vreedestijd en onder omstandigheden van nationale stabiliteit zullen tal van opdrachten voor zogenoemde civiele ‘witte diensten’ binnen het systeem worden uitgezet en zal Defensie ook waar mogelijk capaciteiten beschikbaar stellen aan de deelnemers.

De bedrijfseconomische realiteit waarin de deelnemers zich bevinden, impliceert dus dat ze in dat opzicht van de deelname dienen te kunnen profiteren.

De - hopelijk lange - tijden van stabiliteit waarin ze voor Defensie beschikbaar blijven dienen aldus vanuit die realiteit haalbaar te blijven. Die bedrijfseconomische realiteit van de private marktdeelnemers is dat bepaalde dienstverlening aan Defensie - waar normaal gesproken een verplichting tot openbare aanbesteding voor zou gelden of welke Defensie zelf zou uitvoeren - nu

---

<sup>62</sup> HvJEG 28 april 1998, *R. Kohll*, Zaak C-158/96 Jur. 1999, I-01931, r.o. 41.

<sup>63</sup> HvJEU 11 december 2014, *Spezzino*, Zaak C-113/13, r.o. 65.

binnen het Ecosysteem wordt uitgezet. Bedrijven die niet deelnemen aan het Ecosysteem maken dan dus geen kans deze opdrachten gegund te krijgen. Het is nader te bepalen op welke wijze precies deze opdrachten binnen het Ecosysteem gegund zullen worden.

In juridisch opzicht hoeft dit niet problematisch te zijn, zolang de ‘witte diensten’ noodzakelijk zijn voor het functioneren van het Ecosysteem in zijn geheel welke uiteindelijk het waarborgen van de nationale veiligheid tot doel heeft (hierover meer in 3.2.1.4 en 3.2.2.3 bij de bespreking van de rechtvaardigingsgronden).

#### **3.2.1.4. Is het Ecosysteem als *preventief militair instrument* proportioneel?**

Essentieel is de preventieve werking van het Ecosysteem als instrument van de Nederlandse staat om effectief te kunnen opereren in tijden van crisis. Dit preventieve karakter brengt mee dat onder stabiele omstandigheden er zich handelsbeperkingen voordoen welke dan op dat moment niet noodzakelijk zijn, maar preventief ten opzichte van een mogelijke crisis wel.

Het is inherent aan het systeem van het EU-recht dat er in tijden van crisis handelsbeperkingen kunnen worden aangenomen. Dit blijkt uit het reeds aangehaalde Artikel 347 WVEU (hierover meer onder de tweede oplossingsvariant) en het meer intergouvernementele karakter van het eerder besproken defensie- en veiligheidsbeleid van de EU. Dit laatste beleidsterrein van de EU voorziet in samenwerking en bundeling van nationale capaciteiten, maar niet in daadwerkelijke gedeelde capaciteiten welke in tijden van crisis door een supranationaal orgaan worden aangewend. Toepassing van de rechtvaardigingsgrond openbare veiligheid en de onderstaande overwegingen dienen daarom zoveel als mogelijk uitgelegd te worden in het licht van het genoemde kenmerk van het systeem van het EU-recht en de verplichtingen van Nederland in het leveren van bijdragen aan EU- en NAVO-defensiebeleid.

##### **a. De relevantie van NAVO-lidmaatschap voor de proportionaliteitstoets**

Uit de jurisprudentie van het Hof volgt ook dat de geopolitieke positie van een lidstaat en het verzekeren daarvan een verruimend effect kunnen hebben op de beoordelingsmarge van een lidstaat.

In het *Campus Oil*-arrest uit 1984 accepteerde het Hof dat maatregelen die Ierland genomen had ten behoeve van de leveringszekerheid van olie gerechtvaardigd waren. Hiervoor was geargumenteed dat deze maatregelen in het bijzonder de neutraliteit en daarvoor noodzakelijke onafhankelijkheid van Ierland in tijden van crisis zouden waarborgen.<sup>64</sup>

Maar ook verplichtingen die uit NAVO-lidmaatschap voortvloeien kunnen de beoordelingsmarge bij het invoeren van een uitzondering op EU interne markt-regels verruimen. In het *Commissie tegen België*-arrest uit 2003 hanteerde het Hof een buitengewoon marginale proportionaliteitstoets. De Belgische regering had een overheidsopdracht voor luchtfotografie onderhands gegund aan een Belgische onderneming. Volgens België was onderhandse gunning mogelijk omdat de

---

<sup>64</sup> HvJEG 10 juli 1984, *Campus Oil*, Zaak 72/83, Jur. 1984, 02727 (zie p. 2738, waar dit genoemd wordt).

aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 92/50/EG) niet van toepassing was vanwege de bijzondere veiligheidsmaatregelen die noodzakelijk waren voor het verzekeren van de veiligheid van installaties op Belgisch grondgebied, waaronder installaties van de NAVO. Het Hof oordeelde dat België hier inderdaad verantwoordelijk voor was en het daarom aan de Belgische autoriteiten was om “maatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om dergelijke installaties te beschermen”, waarbij het in het bijzonder verwees naar de NAVO-installaties.<sup>65</sup> Het Hof toetste hierbij niet of het waarborgen van de veiligheid feitelijk niet mogelijk was binnen de kaders van de aanbestedingsrichtlijn.

Onder 3.2.1.3. van dit onderzoek is al uiteengezet waarom deelname aan het Ecosysteem beperkt moet worden tot marktpartijen die op Nederlands grondgebied zijn gevestigd en voldoende Nederlandse werknemers in dienst hebben die ook nog reservist zijn. Dat het Ecosysteem geschikt is het strategische veiligheidsbelang van de verdediging van bondgenootschappelijk grondgebied te dienen, bleek reeds uit de extra logistieke capaciteit die het Ecosysteem zal opleveren in vergelijking met een situatie waarin Defensie zelf in deze capaciteit moet voorzien. In aanvulling daarop zal het Ecosysteem ook bijdragen aan de andere kerntaken van Defensie, te weten de bescherming van de internationale rechtsorde en de ondersteuning van civiele autoriteiten bij rechtshandhaving, rampenbestrijding en humanitaire hulp.

Voor al deze taken is logistieke capaciteit nodig. Het Ecosysteem onderscheidt zich door het doel om logistieke ondersteuning te kunnen bieden op 1500 km afstand, waardoor het zich specificeert op het beschermen van bondgenootschappelijk grondgebied.

#### **b. Is vestigingsvereiste proportioneel?**

Marktpartijen worden enkel toegelaten tot het Ecosysteem wanneer zij en hun logistieke capaciteiten op nationaal grondgebied gevestigd zijn. Dit is noodzakelijk omdat in tijden van crisis nationale noodregelgeving van toepassing moet kunnen zijn op deze deelnemers, op basis waarvan capaciteiten gevorderd kunnen worden. Dit kan alleen wanneer de Nederlandse staat jurisdictie heeft, waarvoor nationale vestiging vereist is. Ook uit Artikel 347 WVEU dat hierna wordt besproken, blijkt dat het lidstaten inderdaad is toegestaan om in tijden van oorlog en andersoortige crises dergelijke noodregelgeving uit te vaardigen.

#### **c. Eis van nationaliteit werknemers proportioneel?**

Ook dienen de civiele deelnemers voldoende werknemers met de Nederlandse nationaliteit in dienst te hebben, waarvan weer een voldoende deel de status van reservist heeft. Dit is noodzakelijk omdat in tijden van crisis een deel van het personeel van de deelnemers van ‘wit’ naar ‘groen’ zal moeten kunnen gaan (en tevens hierop voorbereid dient te zijn). Zowel in materiële als personele zin is het onhaalbaar, en uit het oogpunt van het betaalbaar houden van het stelsel onwenselijk, voor Defensie om doorlopende eigen capaciteit te hebben op een niveau welke in crisissituatie voldoet. Het personeelsbeleid van de krijgsmacht is in het kader van vrij verkeer van werknemers uitgezonderd

---

<sup>65</sup> HvJEG 16 oktober 2003, *Commissie tegen België*, Zaak C-252/01, Jur. 2003, I-11859r.o. 29-30.

van het EU-recht op grond van Artikel 45(4) WVEU, welke werknemers in ‘overheidsdienst’ uitsluit. Volgens het Hof valt hieronder de “uitoefening van het openbaar gezag” en “de bescherming van de algemene belangen van de staat”.<sup>66</sup> Het staat buiten kijf dat militairen aan dit vereiste voldoen.

Daarnaast is het van belang te expliciteren dat op grond van de geschreven rechtvaardigingsgronden in het WVEU, inclusief dus de openbare veiligheid, ‘direct discriminerende beperkingen’ op grond van nationaliteit zijn te rechtvaardigen.

#### **d. Is het risicovol economische aspecten een rol te laten spelen bij opzet en instandhouding van het Ecosysteem?**

Zoals benadrukt in Artikel 36 WVEU - maar het geldt onverkort voor alle rechtvaardigingsgronden - mogen nationale maatregelen geen “middel tot willekeurige discriminatie of verkapt beperking van de handel tussen de lidstaten vormen”. Simpel gezegd, biedt het EU-recht nimmer grondslag voor maatregelen welke in wezen protectionistisch van aard zijn. Volgens het Hof betekent dit dat de rechtvaardigingsgronden niet zo kunnen worden uitgelegd dat maatregelen van “zuiver economische aard” worden toegestaan.<sup>67</sup> In het *Campus Oil*-arrest nuanceerde het Hof dit. In de context van maatregelen van Ierland ten behoeve van de bevoorrading van aardolieproducten bepaalde het Hof dat een dergelijke maatregel vanwege het

“(…) uitzonderlijk belang als energiebron in de moderne economie, van fundamenteel belang zijn voor het bestaan van een staat, daar niet alleen de goede werking van de economie, doch vooral van de instellingen en belangrijkste overheidsdiensten en zelfs het overleven van de bevolking ervan afhankelijk zijn.”<sup>68</sup>

Het is voorts gerechtvaardigd in het belang van de openbare veiligheid om maatregelen te nemen die een constante minimale bevoorrading van aardolieproducten waarborgen. Een dergelijke maatregel strekt immers veel verder dan overwegingen van zuiver economische aard.<sup>69</sup> Hieraan voegde het Hof toe dat de “omstandigheid dat met de regeling naast doelstellingen van openbare veiligheid [...] doelen van economische aard kunnen worden bereikt” de toepassing van de rechtvaardigingsgrond van openbare veiligheid niet uitsluit.<sup>70</sup>

Voor het Ecosysteem geldt dit evengoed. Het Ecosysteem zal wel voordelen met zich meebrengen voor de Nederlandse logistiek-sector ten opzichte van logistiek bedrijven in andere EU-lidstaten. Het Ecosysteem is echter net als leveringszekerheid van energieproducten van fundamenteel belang voor het (voort)bestaan van de staat. In het bijzonder is het noodzakelijk voor het opereren van de

---

<sup>66</sup> HvJEG 26 mei 1982, *Commissie tegen België*, zaak 149/79, Jur. 1982, 01845, r.o. 7. Zie ook HvJEG 2 juli 1996, *Commissie tegen Griekenland*, zaak C-290/94, Jur. 1996, I-03285,

<sup>67</sup> HvJEG 10 juli 1984, *Campus Oil*, Zaak 72/83, Jur. 1984, 02727.

<sup>68</sup> *Campus Oil*, r.o. 34.

<sup>69</sup> *Campus Oil*, r.o. 35.

<sup>70</sup> *Campus Oil*, r.o. 36.

krijgsmacht in tijden van crisis en het beschermen van het eigen en bondgenootschappelijk grondgebied. Daarnaast dienen deze economische aspecten een ander fundamenteel doel, namelijk dat van het op betaalbare wijze kunnen inrichten van een dergelijk preventief militair georiënteerd systeem.

**Let wel op!** De enige kanttekening die hierbij gemaakt dient te worden, is dat de hoeveelheid overheidsopdrachten die Defensie binnen het Ecosysteem zal uitzetten proportioneel moet zijn ten aanzien van het doel. Het is duidelijk dat Defensie de deelnemende bedrijven voordelen zal moeten geven voor de verkrijging van zogenoemde ‘witte’ logistieke diensten om ze bereid te krijgen de verantwoordelijkheden welke het *rodeknopsenario* met zich brengen op zich te nemen.<sup>71</sup> Defensie zal echter wel moeten onderzoeken voor hoeveel overheidsopdrachten het noodzakelijk is deze in het Ecosysteem te gunnen in plaats van door openbare aanbesteding. Dat door Defensie wordt aangegeven dat het niet alle logistieke diensten in het Ecosysteem zal onderbrengen en het zich het recht voorbehoudt om logistieke diensten openbaar aan te besteden, is een indicatie dat het aan deze eis van proportionaliteit in de organisatie van het Ecosysteem adequaat zal kunnen voldoen.<sup>72</sup>

### **3.2.2. De tweede oplossingsvariant: kan het Ecosysteem onder de uitzondering van Artikel 347 WVEU worden gebracht?**

Zoals reeds betoogd, het zijn de EU-Verdragen zelf die er voor zorgen dat het interne markt systeem geen absoluut karakter heeft. De interne markt is ten slotte enkel een ‘middel’ om het doel van de EU om de vrede, de waarden te waarborgen en het welzijn van de volkeren van Europa te bevorderen (Artikel 3 lid 1 VEU). Hoewel dit pas in het Verdrag van Lissabon (2009) zo expliciet is verwoord, is het relatieve karakter van de interne markt al sinds de oprichting van de Europese eenwording met het Verdrag van Rome (1957) verduidelijkt in de uitzonderingsbepaling van het huidige Artikel 347 WVEU.<sup>73</sup>

Met deze bepaling werd al direct vanaf de oprichting van de EEG in 1957 duidelijk gemaakt dat in de in het artikel vier genoemde situaties lidstaten veiligheidsmaatregelen mogen treffen die de werking van de interne markt ongunstig beïnvloeden.

De tekst van dit artikel luidt:

“De lidstaten plegen onderling overleg teneinde gezamenlijk de regelingen te treffen noodzakelijk om te voorkomen dat de werking van de interne markt ongunstig wordt beïnvloed door de maatregelen waartoe een lidstaat zich genoopt kan voelen, in geval van **I**) ernstige binnenlandse

---

<sup>71</sup> Voor de voorwaarden van coherente en stelselmatige organisatie van het Ecosysteem, zie: HvJEU 21 december 2011, *Commissie tegen Oostenrijk*, Zaak C-28/09, Jur. 2011, 00000.

<sup>72</sup> *Verslag verkenning Logistiek Ecosysteem*.

<sup>73</sup> Dit geldt ook voor de uitzondering op het EU-recht welke in Artikel 346 WVEU is opgenomen voor het verstrekken van inlichtingen en de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal wanneer dit noodzakelijk wordt geacht voor de ‘wezenlijke belangen’ van nationale veiligheid. Deze verdragsbepaling zal in dit advies verder onbesproken blijven omdat het Ecosysteem geen productie of handel in militaire goederen betreft.



onlusten waardoor de openbare orde wordt verstoord, **II**) in geval van oorlog of **III**) van een ernstige internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt, of **IV**) om te voldoen aan de verplichtingen die hij met het oog op het behoud van de vrede en van de internationale veiligheid heeft aangegaan.”.

Dit betekent dat behalve de onder Eerste oplossingsvariant besproken uitzonderingsbepalingen van de artikelen 52 en 62 WVEU, een lidstaat in dit verband nog Artikel 347 WVEU kan invoeren.

In de zaak *Johnston*<sup>74</sup> en in de zaak *Sirdar*<sup>75</sup> werd het Hof o.a. gevraagd om uitleg te geven aan deze bepaling. In beide zaken kwam het Hof niet toe aan een inhoudelijke toetsing van het beroep op Artikel 347 WVEU. Wel beklemtoonde het Hof in *Sirdar* dat “de nationale autoriteiten, afhankelijk van de omstandigheden, over een zekere beoordelingsmarge beschikken bij de vaststelling van de maatregelen die zij ter bescherming van de openbare veiligheid van een lidstaat noodzakelijk achten”<sup>76</sup> en dat de lidstaten maatregelen mogen nemen die geschikt zijn hun binnenlandse en buitenlandse veiligheid te verzekeren:

“(…) in dat kader kunnen ze daartoe besluiten nemen inzake de organisatie van hun strijdkrachten die op gespannen voet staan met het in Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 uitgewerkte beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, hoewel dergelijke besluiten niet volledig aan de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn onttrokken.” (herhaald in de zaak *Kreil*).<sup>77</sup>

Cruciaal is nu te bezien of het Ecosysteem als een maatregel kan worden gezien die in één of meerdere van de vier voornoemde situaties dient te worden ingezet, zodat het kan profiteren van deze uitzonderingsgrond. Dat de opzet van het Ecosysteem hieronder valt, kan op drie verschillende manieren worden beargumenteerd, zoals we hierna bespreken.

### **3.2.2.1. Repressieve reactie op een bestaande internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt**

Het begrip ‘oorlogsgevaar’ heeft een zeer ruime reikwijdte en tot op zekere hoogte een subjectief karakter. Het subjectieve karakter ligt in het feit dat er geen EU-rechtelijke definitie voor is, wat een ruime beoordelingsmarge voor de lidstaten met zich meebrengt.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> HvJEG 15 mei 1986, *Marguerite Johnston tegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, zaak 222/84, Jur. 1986, 01651.

<sup>75</sup> HvJEG 26 oktober 1999, *Sirdar tegen The Army Board and the Secretary of State for Defence*, zaak C-273/97, Jur. 1999, I-07403.

<sup>76</sup> *Sirdar*, r.o. 27. Zie ook ro. 35 van HvJEG 17 oktober 1995, *Landgericht Darmstadt Duitsland tegen Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf en Otto Holzer*, zaak C-83/94, Jur. 1995, I – 3248.

<sup>77</sup> HvJEG 11 januari 2000, *Tanja Kreil tegen Duitsland*, zaak C-285/98..

<sup>78</sup> Zie: M. Trybus, *European Union Law and Defence Integration*, Hart Publishing 2005, p. 187. Zie ook (onder ‘Tweede benadering’ besproken): <sup>78</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal Cosmas in Zaak C-423/98, *Alfredo Albore* [2000], r.o. 29.

Het staat buiten kijf dat sinds de annexatie van de Krim door Rusland in 2014 er een ‘internationale spanning’ is welke de territoriale integriteit van (Oost-)Europese staten bedreigt. Het Ecosysteem dient mede om te voorzien in de logistieke ondersteuning van mogelijke militaire missies om de Nederlandse bondgenoten (in EU- en NAVO verband) bescherming te bieden wanneer dat nodig is.

De EU en de NAVO veroordelen en sanctioneren sinds 2014 de annexatie van de Krim door Rusland en roepen op deze te beëindigen.<sup>79</sup> De vraag resteert of deze context van internationale spanning al voldoende is om te beargumenteren dat er een concreet ‘oorlogsgevaar’ is, welke zich richt op de bondgenootschappelijke betrekkingen die het Ecosysteem poogt te beschermen.

Het is niet ondenkbaar dat deze internationale spanning zich verder zal uitstrekken tot andere geografische zones. Ook heeft de Nederlandse regering een ruime beoordelingsmarge in het vaststellen van een dergelijk gevaar. Er dient hier echter wel opgemerkt te worden dat deze eerste de minst waarschijnlijke is van de drie omdat de situatie in Oekraïne geen direct en concreet oorlogsgevaar oplevert voor EU- en NAVO-lidstaten.

### **3.2.2.2. Preventieve reactie gericht op oorlog of internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt**

Het kan ook beargumenteerd worden dat het Ecosysteem een preventieve maatregel is welke zich richt op een ‘oorlogsgevaar’ dat zich in de toekomst kan voordoen. Een zuiver linguïstische interpretatie van de verdragstekst zou een dergelijke argumentatie niet ondersteunen, nu dat de tekst spreekt van ‘in geval van’. Dat een meer systematische en teleologische interpretatie dit wel ondersteunt, blijkt uit de conclusie van Advocaat-Generaal<sup>80</sup> Cosmas in het *Albore*-arrest uit 2000.

Volgens Cosmas lijkt Artikel 347 WVEU “de scheidslijn te markeren tussen enerzijds de normale omstandigheden waarin nationale en gemeenschapsinstellingen functioneren, en anderzijds ernstige situaties van nationaal gevaar, die hun uitwerking hebben op de algemene betrekkingen tussen de Gemeenschap en de lidstaten”.<sup>81</sup>

Cosmas erkent dat dit niet letterlijk in de bepaling te lezen is maar wel uit haar doel blijkt, namelijk om “de lidstaten een zo ruim mogelijke beslissingsbevoegdheid toe te kennen om aan bepaalde uitzonderlijke en echt gevaarlijke situaties het hoofd te kunnen bieden”.

---

<sup>79</sup> Zie: NATO, *Statement by the North Atlantic Council on Crimea*, 18 March 2019. De EU hebben sinds deze annexatie uitgebreide economische sancties tegen Rusland aangenomen, welke nog steeds van kracht zijn, zie recentelijk: Raad van de Europese Unie, *Illegale inlijving Krim en Sebastopol: EU verlengt sancties met jaar*, persmededeling 487/19, 20 juni 2019.

<sup>80</sup> In afwezigheid van interpretaties door het Hof zelf, genieten de conclusies van de Advocaat-Generaals de hoogste juridische autoriteit in het EU-recht. De conclusie van Advocaat-Generaal Cosmas in het *Albore*-arrest geniet deze autoriteit te meer omdat de algemene overwegingen van de conclusie door het Hof gevolgd werden, maar het Hof het enkel niet nodig achtte om Artikel 347 WVEU ook op de zaak toe te passen.

<sup>81</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal Cosmas in Zaak C-423/98, *Alfredo Albore* [2000], r.o. 27. In 2000 was er nog sprake van Europese Gemeenschap.



Cosmas acht het ook niet nodig dat een van de genoemde situaties zich daadwerkelijk voordoet; voldoende is dat de aan de orde zijnde “maatregelen in een direct en uitsluitend verband staan met dit soort situaties”. Ook preventieve maatregelen die “onmiddellijk en uitsluitend betrekking hebben op de in het artikel genoemde uitzonderingssituaties” kunnen volgens Cosmas onder de reikwijdte van deze uitzonderingsgrond van Artikel 347 WVEU vallen.

Cruciaal is de uitleg die Cosmas er aan geeft dat anders “elk nuttig effect” aan de bepaling en haar “praktische werking” zou worden ontnomen.<sup>82</sup> Cosmas voegde aan zijn redenering wel toe dat als voorwaarde zou kunnen worden gesteld dat dergelijke maatregelen van tijdelijke aard dienen te zijn en dit kan door de rechter worden getoetst.<sup>83</sup> Met name regulerende maatregelen met een meer algemeen karakter zouden ontoelaatbaar zijn wanneer deze permanent worden aangenomen. Volgens Cosmas blijkt uit het permanente karakter van maatregelen namelijk vaak dat die “niet uitsluitend zijn genomen voor situaties” zoals in Artikel 347 WVEU. Voor zover het Ecosysteem een permanent karakter heeft, kan echter alsnog worden beargumenteerd dat het uitsluitend gericht is op het *rodeknopsenario*. Dit vraagt dan wel verdergaande onderbouwing dan voor een tijdelijke maatregel nodig is.

**Let op! Hoe zwaar weegt de eis dat het om een maatregel van tijdelijke aard moet gaan?**

De beschouwing van Advocaat-Generaal Cosmas toont aan dat het Ecosysteem onder de reikwijdte van Artikel 347 WVEU kan worden gebracht; vragen rijzen wel over de eis dat onder deze uitzondering alleen maatregelen gebracht kunnen worden die uitsluitend gericht zijn op het in staat stellen van de Nederlandse Krijgsmacht om adequaat te kunnen reageren op een mogelijke oorlog of oorlogsgevaar. Voor dit laatste is het vervolgens noodzakelijk dat wanneer een dergelijke situatie zich daadwerkelijk voordoet Nederland noodregelgeving kan toepassen op de betreffende marktdeelnemers waardoor de maximale logistieke capaciteit beschikbaar wordt. Voor de ‘witte’ logistiek diensten die in het Ecosysteem worden ondergebracht, zal dan wel aangetoond moeten worden dat de hoeveelheid diensten noodzakelijk is voor het uitsluitend militaire doel van het Ecosysteem.

**3.2.2.3. Verplichtingen die Nederland is aangegaan met het oog op behoud van de vrede en internationale veiligheid**

Dat het Ecosysteem een militair beleidsinstrument is om aan de verplichtingen te voldoen die Nederland is aangegaan met het oog op behoud van de vrede en internationale veiligheid, is naar onze mening het meest overtuigende argument van de drie die we hier bespreken.

Zoals eerder uitvoerig onder paragraaf 3.2.1.3 besproken, vloeien er verplichtingen voort uit Artikel 5 NAVO-Verdrag en Artikel 42(7) VEU die Nederland dwingen om de capaciteiten te bezitten om adequate militaire bescherming te kunnen bieden aan EU- en NAVO-bondgenoten in tijden van oorlog. Het is reeds uiteengezet waarom de opzet van het Ecosysteem noodzakelijk is om voldoende logistieke ondersteuning te kunnen bieden voor militaire operaties in het geval er zich een situatie

<sup>82</sup> Advocaat-Generaal Cosmas, r.o. 31.

<sup>83</sup> Advocaat-Generaal Cosmas, r.o. 32.

voordoet waar de genoemde verplichtingen op gericht zijn. Dit wordt in het bijzonder ondersteund door het feit dat het Ecosysteem zich richt op het bieden van militaire bescherming op een afstand van 1500 km. Dit betreft een aanzienlijk deel van de oostgrens van het Europese bondgenootschappelijke grondgebied. In het licht van de hierboven (onder “*Ie. Repressieve...*”) genoemde internationale spanning voorziet het Ecosysteem in een oplossing die het mogelijk maakt om het voldoen aan de aangegeven verplichtingen betaalbaar te houden.

## DEEL IV

### Verenigbaarheid Ecosysteem met het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht

In Deel III is uiteengezet hoe het Ecosysteem zich tot het EU-recht verhoudt. In dit Deel IV wordt aandacht besteed aan nog twee belangrijke vragen die vanuit het nationale recht dienen te worden beantwoord en die de werking van het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht betreffen.

In de voorafgaande delen hebben we aangetoond waarom we van mening zijn dat het ecosysteem niet onder de werkingssfeer van het Europees aanbestedingsrecht valt. Voor zijn veilige opzet en zijn veilige instandhouding is nationale uitvoering noodzakelijk. Immers, onder omstandigheden is voor de deelnemende bedrijven en / of hun werknemers de Nederlandse nationaliteit noodzakelijk. Doordat het noodzakelijk is voor het (voort)bestaan van het Ecosysteem dat dit een nationale uitvoering krijgt, wordt de vraag of en zo ja, in welke mate, het mededingingsrecht van toepassing is daarop vanuit het nationale recht bestudeerd. Binnen de Nederlandse markt zou namelijk als gevolg van het opzetten en in stand houden van het Ecosysteem de mededinging alsnog verhinderd kunnen worden.<sup>84</sup>

In deze paragraaf zal daarom ten eerste worden gezien of het nationale aanbestedingsrecht van toepassing kan zijn en zo ja wat dat inhoudt; ten tweede wordt gezien of en zo ja, welke verplichtingen uit het mededingingsrecht zouden kunnen voortvloeien voor Defensie en de overige deelnemers aan het Ecosysteem.

#### 4.1. Stelt het nationaal recht aanbestedingseisen aan het Ecosysteem?

##### 4.1.1. Geschreven aanbestedingsrecht

De Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV) dient enkel ter implementatie in Nederland van de Defensierichtlijn.<sup>85</sup> Daarom is deze wet en het toepassingsbereik ervan gelijk aan die van de Defensierichtlijn. Net als bij de Defensierichtlijn valt het Ecosysteem binnen de werkingssfeer van deze wet op grond van de specifieke militaire doeleinden van de opdrachten<sup>86</sup> die in het Ecosysteem geplaatst worden (Artikel 2.1.(1) d AwDV). In dat verband bepaalt Artikel 2.1(2) AwDV dat de toepasselijkheid van onder andere de artikelen 52 en 62 WVEU onverlet wordt gelaten. Dit betekent dat toepassing van een in deze bepalingen genoemde rechtvaardigingsgronden

---

<sup>84</sup> Zie bijvoorbeeld het kartelverbod in Artikel 101 WVEU, waarvoor geldt dat deze inhoudelijk gelijk is aan het kartelverbod uit Artikel 6 Mededingingswet. Dit betekent dat indien er wel een verhindering van de mededinging op de EU interne markt zou worden vastgesteld door de Europese Commissie dezelfde argumentatie als hieronder in 4.3. van toepassing zou zijn.

<sup>85</sup> Dit blijkt uit de aanhef bij de wet en uit de Memorie van Toelichting erbij.

<sup>86</sup> Volgens Artikel 1 AwDV is er sprake van een ‘opdracht voor diensten’ bij ‘‘een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die: a. uitsluitend betrekking heeft op het verrichten van in bijlage I of II van richtlijn nr. 2009/81/EG aangewezen diensten’’. In bijlage I van de Defensierichtlijn worden verschillende soorten vervoersdiensten als dusdanig aangewezen.

in het geheel de AwDV buiten werking stelt, zoals ook wordt bevestigd in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel.<sup>87</sup> Om te onderbouwen dat de AwDV niet van toepassing is op het Ecosysteem kan daarom verwezen worden naar de eerste oplossingsvariant die we in Deel III van dit onderzoek bespraken.

Wanneer diensten, zoals die in het Ecosysteem, op grond van de Verdragsrechtelijke rechtvaardigingsgronden zowel de Richtlijn 2009/81/EG als de AwDV buiten werking stellen, dan zijn er ook geen bepalingen uit de ‘reguliere’ Aanbestedingswet 2012 die hierop van toepassing zijn. Dit wordt bevestigd door Artikel 2.3 AwDV welke, in de context van de drempelbedragen, bepaalt dat “ongeacht de geraamde waarde van een opdracht als bedoeld in Artikel 2.1. [...] de hoofdstukken 1.2 tot en met 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) daarop niet van toepassing” zijn. Deze laatste hoofdstukken bevatten eenvoudige regels voor de toepassing van aanbestedingsrechtelijke beginselen en uitgangspunten op aanbestedingen die niet onder de werkingssfeer van het EU-recht vallen maar wel onder deze nationale bepalingen. In het bijzonder vereisen deze bepalingen van aanbestedende diensten dat de keuze voor de procedure op basis waarvan een overheidsopdracht wordt gegund en de keuze voor het toelaten van ondernemers tot deze procedure bepaald worden op basis van objectieve criteria en desgewenst achteraf gemotiveerd wordt (Artikel 1.4. lid 1 Aw). Ook wordt hier bepaald dat overheidsopdrachten niet onnodig worden samengevoegd (Artikel 1.5. Aw) en de uitgangspunten van gelijke behandeling van ondernemers en transparantie (Artikel 1.12 Aw), en proportionaliteit (Artikel 1.13. Aw) in acht worden genomen. Wanneer een overheidsopdracht al binnen de werkingssfeer ligt van de AwDV vanwege het militaire karakter ervan, dan kan deze dus niet meer onder het regime van de Aanbestedingswet 2012 vallen. Er is dus geen specifieke Nederlandse aanbestedingswetgeving die de toepassing van een specifieke aanbestedingsprocedure voor het Ecosysteem vereist en de genoemde beginselen en uitgangspunten uit de Aanbestedingswet zijn niet van toepassing op het Ecosysteem.

De beoordelingsruimte voor Defensie voor de wijze waarop het Ecosysteem wordt opgezet is kortom groot. Enerzijds omdat zelfs het ‘lichte’ regime dat de beginselen en uitgangspunten uit deel 1 van de Aanbestedingswet voorschrijven, niet van toepassing is. Anderzijds is dit het geval omdat de toepassing daarvan is uitgezonderd op grond van de openbare veiligheid. De reikwijdte van de juridische eisen is daardoor zeer beperkt en afhankelijk van keuzes die Defensie zelf maakt in de relaties met geïnteresseerde ondernemers en het vertrouwen dat dit bij die ondernemers redelijkerwijs kan opwekken (hierover in volgende paragraaf meer).

---

<sup>87</sup> Memorie van Toelichting bij Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied), Kamerstuk 32 768, nr. 3 (vergaderjaar 2010-2011).

#### **4.1.2. Algemene beginselen v. het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid: om klachten van teleurgestelde inschrijvers te voorkomen en de doelmatigheid van het aankoopproces te vergroten**

##### ***Inleidende opmerkingen***

Vraag is nu of er andere eisen bestaan aan de opzet van het Ecosysteem op grond van (ander) ongeschreven recht. In deze paragraaf bespreken we enkele zaken van de Nederlandse rechter waarin de rechter (bepaalde) algemene rechtsbeginselen van toepassing verklaarde bij het sluiten van contracten door de overheid met marktpartijen in situaties waarin er geen ‘geschreven’ regels waren. Dit doen we ter illustratie en door op voorhand te beklemtonen dat het in de hieronder genoemde uitspraak van het Gerechtshof ’s-Gravenhage uit 2010 niet om een ‘aankoop-procedure’ ging maar om een ‘verkoop-procedure’. Bespreking hiervan is relevant omdat ook voor competitieve verkoop-procedures geen geschreven regels in Nederland bestaan (ze vallen dus ook buiten de werkingssfeer van zowel de aanbestedingsrichtlijnen als van de Aanbestedingswet). Van belang is ook te benadrukken dat er geen voorbeelden te vinden zijn in deze rechtspraak van zaken waarbij de openbare veiligheid een fundamentele rol speelde zoals in het Ecosysteem.

Kortom: er zijn interessante parallellen te trekken maar vooral ook wezenlijke verschillen tussen de situatie van het Ecosysteem en de situaties zoals aan de orde in deze zaken.

Doch is bespreking ook nuttig om te bezien hoe de Nederlandse rechter omgaat met klagende ondernemers die zich beroepen of (i) op het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid (i) en / of (ii) op de beginselen van behoorlijk bestuur en / of (iii) op beginselen van Europese oorsprong - zoals de aanbestedingsbeginselen waarvan in het bijzonder het gelijkheids- en transparantiebeginsel - tegen een overheidsinstantie in zaken die zich buiten de kaders van de aanbestedingswetgeving afspelen.

Duidelijk is in dit opzicht in de ogen van de Europeesrechtelijke jurist dat de Nederlandse rechter het privaatrechtelijke beginsel van ‘redelijkheid en billijkheid’ in het licht van het communautaire ‘gelijkheidsbeginsel’ heeft willen inkleuren en dat hij dit laatste beginsel als verzamelterm hanteert om het Europees beginsel van non-discriminatie naar nationaliteit en de daaruit afgeleide beginselen zoals de aanbestedingsbeginselen aan te duiden.<sup>88</sup> In aanvulling wordt in deze zaken ook van algemene beginselen van behoorlijk bestuur gesproken.

Daarnaast kunnen de argumenten in deze zaken van groot nut zijn om de doelmatigheid van het ‘aankoopproces’ van het Ecosysteem te vergroten. Deze (aanbestedings)beginselen dwingen namelijk indirect om dieper over de toetredingseisen voor de marktpartijen op basis van objectieve criteria na te denken.

---

<sup>88</sup> Een meer diepgaande bespreking van deze thematiek valt buiten dit bestek; we verwijzen hiervoor naar de paragrafen 2.2. en 2.3 in R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, (2014), ‘De invloed van het Europees recht op het Nederlandse aanbestedingsrecht’, in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann, M.H. Wissink (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht. Bundel vanwege het Onderzoekscentrum voor Onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen*, Kluwer, Serie Onderneming en recht, Deel 81-II, Bijzonder deel, p.741-810.

### ***De rechtszaken***

In 1992 oordeelde de Hoge Raad al dat voor rechterlijke controle op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals deels ook vastgelegd in de Algemene wet Bestuursrecht niet voldaan kan worden met “slechts marginale toetsing”.<sup>89</sup> Deze beginselen zijn dus ook van toepassing op privaatrechtelijk handelen van bestuursorganen (zoals de Minister van Defensie). Zo dienen bestuursorganen zich bij de voorbereiding van het kiezen van contractpartijen te houden aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (ook wel beginsel van opgewekt vertrouwen). Vaak betekent dit ook dat er een motiveringsplicht is.

In het kader van het sluiten van een contract tussen een gemeente en een marktpartij (voor verkoop van grond)<sup>90</sup> bepaalde het Gerechtshof 's-Gravenhage in 2010 dat ook bij selectie van partijen die tot een procedure voor onderhandse aanbesteding (die net als het Ecosysteem buiten de werkingssfeer van de aanbestedingswetgeving valt) worden toegelaten de beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie gelden.<sup>91</sup> We herinneren er aan dat - zoals reeds in de voorgaande paragraaf besproken - militaire aankopen die om veiligheidsredenen van de werkingssfeer van de AwDV worden uitgezonderd de werking van deze beginselen lijken uit te schakelen. In deze (en andere zaken) oordeelde de rechter wel dat schending van deze beginselen een grondslag kan zijn voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt echter niet dat er een verplichting tot het opzetten van een competitieve procedure<sup>92</sup> bestaat wanneer de keuze voor (of afwijzing van) een bepaalde contractpartij deugdelijk gemotiveerd kan worden.<sup>93</sup> De intensiteit van de motiveringsplicht zou voor het Ecosysteem beperkt kunnen worden op grond van de openbare veiligheid, nu dat dit al de basis is van uitzondering van het geschreven aanbestedingsrecht. Voor de onder 4.1.2.1. beschreven

---

<sup>89</sup> Hoge Raad 24 april 1992, *Provincie Zeeland*, ECLI:NL:HR:1992:ZC0852.

<sup>90</sup> Procedures voor de verkoop van overheidseigendom zijn in Nederland niet gereguleerd. Eisen worden volgens de rechtspraak door de beginselen gesteld en het EU-recht. Zie over de relevantie van hun bespreking in relatie tot het aanbestedingsrecht bijvoorbeeld: E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit. Een beschouwing over de vraag of privatiseringsoperaties en de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit een belemmering vormen voor de voltooiing van de Europese markt voor overheidsopdrachten*, Dissertatie Vrije Universiteit Amsterdam, reeks Europese Monografieën, deel 68, Kluwer, Deventer, april 2001 (pp. 382). E. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, pag. 49-123 in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvis voor de Vereniging van Bouwrecht (pp. 153).

<sup>91</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage 26 oktober 2010, *Gemeente Noordwijk*, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080.

<sup>92</sup> Hieronder wordt bedoeld een niet door de wet uitgeschreven procedure” (zie E.R. Manunza & W.J. Berends, ‘Social services of General Interest and the Public Procurement Rules’, in U. Neergaard, M. Krajewski, E.M. Szyzszak en Gronden, J.W. van de (eds.), *The Role of SSGIs in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser, The Hague, The Netherlands, pp. 347-384.

<sup>93</sup> Over gemeentelijke erfpachtovereenkomsten, zie: Hof Arnhem 26 april 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ3090 en over overheidsopdrachten buiten de werkingssfeer (want onder de drempelbedragen) van de EU Aanbestedingsrichtlijnen, zie bijvoorbeeld: Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX7223, r.o. 4.6.



ABDO<sup>94</sup>-autorisatie geldt in het bijzonder dat er nauwelijks sprake zal zijn van een motiveringsplicht, nu Defensie als contractpartij in het Ecosysteem in het geheel op het oordeel van de Militaire Inlichtingen en Veiligheidsdienst (MIVD) zal vertrouwen.

In meer algemene zin gelden vanuit het Nederlandse verbintenissenrecht de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad bepaalde in 2002 - maar het betrof een competitieve procedure geïnitieerd door een private partij en niet door een aanbestedende overheid - dat wanneer er voor een dergelijke competitieve procedure wordt gekozen, deze keuze de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en transparantie met zich brengt. Deze beginselen vereisen dat selectie- en gunningscriteria en de omvang van de opdracht duidelijk zijn en vooraf bekend worden gemaakt.<sup>95</sup> Dit hangt samen met “de verwachtingen die de (potentiële) aanbidders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben”.<sup>96</sup> Vanuit de redelijkheid en billijkheid zijn dus leidend de verwachtingen die gewekt worden naar marktdeelnemers met betrekking tot wat voor procedure gevolgd zal worden om toekomstige contractpartijen te selecteren of via competitieve procedure een specifiek contract te gunnen. Dit vloeit voort uit het privaatrechtelijke beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen die niet alleen door overheden maar door alle rechtspersonen dient te worden nageleefd. Omdat de beginselen van behoorlijk bestuur strengere eisen stellen aan overheden dan die van redelijkheid en billijkheid (privaatrechtelijk overheidsoptreden dient immers niet alleen redelijk en billijk, maar ook behoorlijk zijn), zal de focus hieronder daarop liggen.

Zoals *supra* opgemerkt verwijst de civiele rechter doorgaans naar deze beginselen als de ‘aanbestedingsbeginselen’, zowel wanneer de juridische grondslag ligt bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als wanneer dit bij de redelijkheid en billijkheid ligt. Wat uit deze nationale jurisprudentie niet helemaal valt vast te stellen is of deze beginselen eisen opleggen (i) wanneer de opdrachtgever zelf voor een competitieve procedure heeft gekozen maar vervolgens niet in conformiteit met de beginselen heeft gehandeld of (ii) dat een potentiële marktdeelnemer - die bijvoorbeeld niet is uitgenodigd om een offerte in te dienen - in rechte kan afdwingen dat een dergelijke competitieve procedure door de opdrachtgever wel wordt gehouden.

Wel blijkt uit de uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage uit 2010 dat wanneer een marktdeelnemer zelf tijdig interesse toont om tot een selectieprocedure of competitieve procedure te worden toegelaten, en het bestuursorgaan deze partij zonder deugdelijke motivering geen kans geeft, dit een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur kan opleveren. Ook hiervoor geldt dat de uitgebreidheid van motivering beperkt kan worden op basis van de openbare veiligheid.

Deze beginselen kunnen dus van toepassing zijn op de procedure voor de toetreding tot het Ecosysteem maar het is niet geheel duidelijk hoever hun toepassing strekt. Daarnaast creëren de veiligheidsbelangen van de Nederlandse staat wel een ruime(re) beoordelingsmarge dan in de

---

<sup>94</sup> Algemene Beveiligingseisen Defensieopdrachten 2019.

<sup>95</sup> Hoge Raad 4 april 2003, *RZG*, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.4.4 en 3.5.2.

<sup>96</sup> Hoge Raad 3 mei 2013, *KLM*, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, r.o. 3.7.

besproken rechtspraak waarbinnen de beginselen behoren te worden toegepast. Deze ruime beoordelingsmarge geldt in het bijzonder voor de openbaarheid die aan de procedure zou moeten worden gegeven en de daarmee samenhangende motiveringsplicht, die door het transparantiebeginsel kunnen worden vereist. Doordat eerder via een uitgebreide marktverkenning onderzocht is aan welke eisen marktdeelnemers zullen moeten voldoen om te kunnen bijdragen aan het doel van het Ecosysteem, is het mogelijk om objectieve criteria te formuleren en die aan de partijen die door Defensie als geïnteresseerden worden aangemerkt, vooraf kenbaar te maken. Vervolgens kan toetreding tot het Ecosysteem op twee verschillende wijzen georganiseerd worden.

#### **4.1.2.1. Toetreding tot het Ecosysteem op basis van selectiecriteria**

Allereerst zou er voor gekozen kunnen worden om dit uitsluitend op basis van selectie te doen. In dat geval worden er (minimum)eisen voor toetreding gesteld. Dit zouden eisen kunnen zijn bijvoorbeeld met betrekking tot minimaal aantal (of percentage op totaal) werknemers met reservistenstatus en het beschikken over voldoende en geschikte logistieke capaciteiten (nader door Defensie in te vullen).

In het bijzonder geldt dat het aan Defensie is om eisen vast te stellen om de nationale veiligheid te waarborgen op basis van de Algemene Beveiligingseisen Defensieopdrachten 2019 (ABDO). Op grond van Artikel 10 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017) heeft de MIVD de taak om onderzoek te verrichten voor het nemen van maatregelen “ter voorkoming van activiteiten die ten doel hebben de veiligheid of paraatheid van de krijgsmacht te schaden”, “ter bevordering van een juist verloop van mobilisatie en concentratie der strijdkrachten en ten behoeve van een ongestoorde voorbereiding en inzet van de krijgsmacht”. Omdat marktdeelnemers via het Ecosysteem bijdragen aan de militair-logistieke capaciteiten van Defensie in crisissituaties, is het gerechtvaardigd om de beoogde deelnemers door de MIVD te laten onderzoeken en selectie van deelnemers afhankelijk te stellen van de uitkomst van dergelijk onderzoek.

In dat verband staat het Defensie vrij om voor de selectie eisen te stellen die het noodzakelijk acht voor de beveiliging van de dienstverlening in het Ecosysteem wanneer de controle vooraf wordt uitgevoerd door de MIVD zoals ingekaderd in de ABDO. Deelname aan het Ecosysteem kan dus zonder meer afhankelijk gesteld worden van een ABDO-autorisatie die specifiek op die deelname betrekking heeft en waarvoor de deelnemer de nodige beveiligingsmaatregelen dient te nemen. Het verstrekken van deze autorisatie geschiedt door de MIVD binnen de kaders van de Wiv 2017. De Minister van Defensie draagt hiervoor politieke verantwoordelijkheid. De MIVD staat tevens onder onafhankelijk toezicht van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) zoals vastgesteld in hoofdstuk 7 van de Wiv 2017.

We realiseren ons wel dat na deze stap het risico aanwezig is dat het aantal partijen dat door deze selectie heen komt alsnog te groot is voor het Ecosysteem, hetgeen Defensie weer voor de vraag zet hoe dat te verkleinen door tevens rekening te houden met de aanbestedingsbeginselen en tegelijk de veiligheid in ogenschouw te nemen. Als dat risico aanwezig is en alle denkbare objectieve eisen al bij de selectie zijn benut dan zou er op voorhand niet alleen aan selectie maar ook aan

gunningscriteria gedacht kunnen worden. Deze stap wordt in de hierna volgende paragraaf besproken.

#### **4.1.2.2. Toetreding tot het Ecosysteem op basis van gunningscriteria**

Indien Defensie rekening wil houden met de mogelijkheid dat het aantal deelnemers aan het Ecosysteem na selectie nog te groot kan zijn waardoor het tot verdere inperking daarvan zou willen overgaan, dan dient op voorhand nagedacht te worden om verder op basis van gunningscriteria verschillende gegadigden met elkaar te vergelijken om tot het gewenste aantal te komen. Om aan het transparantiebeginsel te voldoen, dienen de eisen op basis waarop de gegadigden vergeleken zullen worden van te voren al bepaald te zijn en gecommuniceerd te worden aan de groep potentiële marktpartijen. Behalve de ABDO-autorisatie (die enkel een selectie criterium kan zijn) zijn (een aantal van) de genoemde selectiecriteria, zoals bijvoorbeeld het aantal reservisten, mogelijk ook als gunningscriteria geschikt. Het voordeel hiervan in het geval van de reservisteneis is dat het marktdeelnemers uitdaagt om meer dan het minimumaantal reservisten beschikbaar te kunnen stellen in noodsituaties.

Doordat de AwDV en Aw niet van toepassing zijn, heeft Defensie de vrije ruimte om de vorm van de procedure zelf in te richten. In hoeverre toepassing van de beginselen strekt is onduidelijk, zoals eerder opgemerkt. Duidelijk is dat het aanzienlijk minder reikt dan bij andersoortige militaire aankopen die niet op grond van de veiligheid kunnen worden uitgezonderd. Van belang is hierbij rekening te houden dat in het kader van de redelijkheid en billijkheid en het bestuurlijke vertrouwensbeginsel aan de marktpartijen duidelijk wordt gemaakt dat na selectie wellicht ook nog gunning plaats zal vinden.

In het voorgaande hebben we willen aantonen dat dit proces van gunning in het voordeel van Defensie kan worden ingezet omdat het de kwaliteit van het Ecosysteem kan vergroten. Het gaat kortom om een flexibele en eenvoudige werkwijze die bedoeld is om op doelmatige wijze het “aankoopproces” te sturen.

## **4.2. Verplichtingen voor economisch actieve overheden uit de Mededingingswet**

In de context van het Ecosysteem worden er mogelijk ook andere activiteiten uitgeoefend door Defensie dan enkel het verstrekken van overheidsopdrachten (waarvoor de aanbestedingsrechtelijke analyse relevant is). Een van de aspecten van het Ecosysteem is dat Defensie als deelnemer aan het Ecosysteem - bijvoorbeeld - capaciteiten of vastgoed beschikbaar stelt aan de overige deelnemers.

### **4.2.1. Is er sprake van ‘economische activiteit’ door Defensie?**

Voor de vraag of er mededingingsrechtelijke verplichtingen op Defensie van toepassing zijn in de context van het Ecosysteem is allereerst de vraag van belang of de activiteit in kwestie als een ‘economische activiteit’ die door Defensie wordt uitgeoefend gezien kan worden. Bij de vaststelling hiervan is de begripsdefinitie van het Hof van Justitie EU leidend. Volgens vaste rechtspraak van het Hof hebben activiteiten ter uitoefening van openbaar gezag en activiteiten die verband houden

met het openbaar gezag geen economisch karakter.<sup>97</sup> De genoemde activiteiten die Defensie in het Ecosysteem zou willen uitvoeren, zijn enkel als ‘economisch’ aan te merken wanneer ze kunnen worden “losgekoppeld” van de “uitoefening van haar bevoegdheden van openbaar gezag”.<sup>98</sup>

Zoals in de eerdere delen uiteengezet, is het Ecosysteem een middel voor Defensie om taken uit te voeren van openbaar gezag die voortvloeien uit Artikel 97 Grondwet. In die zin kan beargumenteerd worden dat de genoemde activiteiten, wanneer noodzakelijk voor de instandhouding van het systeem, niet losgekoppeld kunnen worden van de bevoegdheden van openbaar gezag die Defensie via het Ecosysteem uitoefent. Dit wordt onderstreept doordat in crisissituaties werknemers van de marktdeelnemers als reservisten door Defensie worden ingezet en zodoende ook openbaar gezag kunnen uitoefenen. De argumentatie hier speelt kortom een doorslaggevende rol. De keuze voor de wijze van uitvoering door middel van samenwerking met marktpartijen dient te worden gezien in de ruime beoordelingsmarge die Defensie voor het waarborgen van de nationale veiligheid heeft.

#### **4.2.2. Mogelijke verplichtingen Defensie uit de Mededingingswet**

In het geval dat er toch geoordeeld zou worden dat er sprake is van ‘economische activiteit’ door Defensie binnen de kaders van het Ecosysteem, dan is de Mededingingswet (Mw) van toepassing. Artikel 25i(1) Mw bepaalt dat wanneer overheden economische activiteiten verrichten ze aan de afnemers van het product of dienst de integrale kosten daarvan moeten doorberekenen. Concreet betekent dit dat Defensie wanneer het zulke diensten gaat verlenen aan de overige deelnemers van het Ecosysteem ten minste de kosten in rekening brengt die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn. Wanneer Defensie diensten zou gaan verlenen voor een lager bedrag dan die in het normale handelsverkeer gebruikelijk is dan zou dit tot marktverstoring leiden.

Als doorberekening van de integrale kosten niet wenselijk is, dan zouden de economische activiteiten van Defensie die binnen het Ecosysteem worden uitgeoefend kunnen worden uitgesloten van Hoofdstuk 4b van de Mw (Wet Markt en Overheid) op grond van Artikel 25h(5) Mw. Er moet dan aangetoond worden dat de economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang. Artikel 25h(5) en 25h(6) Mw bepalen dat de “minister die het aangaat” dit kan vaststellen. In dit geval zou dat de Minister van Defensie zijn.

Een dergelijk besluit dient wel gemotiveerd te worden. Dat er sprake is van een algemeen belang, de (nationale) veiligheid namelijk, bleek al uit de uitvoerige bespreking van de opzet van het Ecosysteem en de veiligheidsbelangen die het nastreeft. De onderbouwing van de proportionaliteit van het Ecosysteem als zodanig die in Deel III uiteen is gezet, kan meer specifiek voor een dergelijk besluit het veiligheidsbelang van economische activiteit door Defensie helpen aantonen. Ten slotte zal dan nog voor de specifieke activiteiten aangetoond moeten worden dat die noodzakelijk zijn om het Ecosysteem te laten functioneren. Of het argument dat dit noodzakelijk is om deelneming voor derden aantrekkelijk te maken, dient wel nog diepgaander vanuit de nationale context bestudeerd

<sup>97</sup> HvJEU 26 maart 2009, *Selex*, zaak C-113/07 P, Jur. 2009, I-02207, r.o. 70-82.

<sup>98</sup> HvJEU 12 juli 2012, *Compass Datenbank*, zaak C-138/11, r.o. 38.

te worden. In algemene zin blijkt dit al wel uit de opzet van het Ecosysteem en de wederzijdse verplichtingen die het bevat.

### 4.3. Verplichtingen voor de overige deelnemers uit de Mededingingswet

Ook zal er binnen het Ecosysteem mogelijk samenwerking in verschillende vormen plaatsvinden tussen de marktdeelnemers. Artikel 6(1) Mw verbiedt “overeenkomsten tussen ondernemingen, [...] die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst”. Of implementatie van het Ecosysteem daadwerkelijk tot een beperking van de mededinging in de logistieke sector in Nederland leidt, is nog maar de vraag. Doordat er in het Ecosysteem wel sprake zal zijn van samenwerking tussen ondernemingen is het zinvol om te bepalen of indien er een mededingingsbeperking zou optreden, er een uitzondering op de verbodsbepaling van toepassing zou zijn. Op volgorde van waarschijnlijkheid (van meest- naar minst waarschijnlijk) zullen hier drie alternatieve gronden voor uitzondering besproken worden.

Volgens Artikel 12 Mw geldt de verbodsbepaling niet voor overeenkomsten waarvoor de Raad van de EU krachtens een verordening het kartelverbod buiten toepassing heeft verklaard. Voor economische activiteiten op het gebied van vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren geldt in dat verband Verordening 169/2009.<sup>99</sup> Artikel 2 van deze verordening bevat een uitzondering voor overeenkomsten in deze sector “die uitsluitend tot doel en ten gevolge hebben de toepassing van technische verbeteringen of de technische samenwerking”. Simpel gezegd, betekent dit dat wanneer een technische samenwerking tussen de ondernemingen bijdraagt aan de economische efficiëntie van de activiteiten er een uitzondering op het kartelverbod mogelijk is. Uit de marktverkenning bleek dat bedrijfseconomische voordelen zoals deze voor de marktdeelnemers van belang zijn voor de keuze om deel te nemen aan logistieke samenwerking binnen het Ecosysteem. Voorts geeft de bepaling verschillende mogelijkheden die samenwerking tussen ondernemingen mogelijk maken, waarvan de volgende in het bijzonder relevant is voor het Ecosysteem:

“b) de uitwisseling of het gemeenschappelijk gebruik, voor het vervoerbedrijf, van personeel, materieel, vervoermiddelen en vaste installaties”.

Zolang samenwerking tussen de marktdeelnemers door middel van het beschikbaar stellen van capaciteiten aan elkaar efficiëntie-voordelen met zich brengt en het doel en de gevolgen van de samenwerking niet verder reiken dan noodzakelijk daarvoor, zou deze uitzondering van toepassing kunnen zijn. Dit hangt wel af van de vraag of de samenwerking als enkel een ‘technische samenwerking’ kan worden aangemerkt.

---

<sup>99</sup> Verordening (EG) Nr. 169/2009 van de Raad van 26 februari 2009 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.

Er zijn ook meer algemene uitzonderingen op het kartelverbod welke van toepassing zouden kunnen zijn op het Ecosysteem.

Ten eerste is er de uitzondering van Artikel 6(3) Mw. Dit bevat een meer algemene grondslag voor uitzondering van samenwerking tussen ondernemingen die efficiëntievoordelen met zich meebrengt. Voor toepassing hiervan is vereist dat de samenwerking bijdraagt tot:

“I) verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, II) mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen III) beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of IV) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.”

Deze criteria zijn cumulatief. Naast de eerste (I), lijkt aan het tweede vereiste (II) al gauw voldaan te zijn in de context van het Ecosysteem. Het Ecosysteem komt Defensie als gebruiker in het bijzonder ten goede, doordat Defensie hierdoor op een meer kostenefficiënte wijze aan diens publieke hoofdtaken kan voldoen. Het noodzakelijkheidsvereiste (III) en het niet mogen uitschakelen van een wezenlijk deel van de mededinging in de logistieke sector (IV) kunnen enkel op basis van de concrete organisatiestructuur en werking van het Ecosysteem worden beoordeeld.

Ten tweede is er de mogelijkheid van Artikel 7(2) Mw. Dit artikel bevat een uitzondering voor samenwerking waarbij het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer dan 10% bedraagt en er geen merkbare beïnvloeding is van de handel tussen de lidstaten. Afhankelijk van hoe de relevante markt wordt gedefinieerd, zou dit ook voor het Ecosysteem kunnen gelden. Bij een ruime definiëring, waarbinnen de gehele Nederlandse logistiek sector meegerekend wordt, zou het totale marktaandeel van de deelnemers aan het Ecosysteem onder de 10% kunnen blijven. Er dient hier echter wel opgemerkt te worden dat mededingingsautoriteiten markten doorgaans nauwer definiëren dan een hele sector zoals wanneer de logistiek sector in Nederland als een enkele markt zou worden gezien.



## CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

Dit onderzoek over de juridische (on)toelaatbaarheid van het Ecosysteem logistiek bestaat uit vier delen (I, II, III, IV). In onze uitvoerige bespreking, beargumenteerden we waarom zijn opzet en het in stand houden daarvan door Defensie mogelijk is zonder het houden van een aanbestedingsprocedure en zonder in strijd te komen met het nationale en Europese mededingingsrecht.

Deze twee rechtsgebieden, het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht, betreffen een uitwerking van Europese regulering, waarbij geldt dat de *Aanbestedingswet op defensie en veiligheidsgebied* uitsluitend ter implementatie van de Defensierichtlijn dient. Voor de Mededingingswet geldt dat die enkel van toepassing is op nationale situaties die buiten de directe werking van de mededingingsbepalingen uit het WVEU vallen, maar niettemin door het EU-mededingingsrecht is beïnvloed.

Daarom is het cruciaal geweest om eerst diepgaand het Europeesrechtelijke (interne markt) systeem te bestuderen alvorens de onderzoeksvragen correct te kunnen beantwoorden.

Dit was in de context van het Ecosysteem te meer het geval nu de indruk leek te bestaan dat aanbestedings- en mededingingsregels *sec* van toepassing zijn op de contractuele relaties tussen de deelnemende private partijen en Defensie, relaties die het fundament vormen om de werking van het Ecosysteem te garanderen.

In onze argumentatie lieten we zien dat dit niet correct is en zelfs indruist tegen fundamentele bepalingen uit de EU verdragen die een coherente, consistente en doelgerichte interpretatie van het EU recht in ‘zijn geheel’ vergen. Dat betekent dat de interne markt en mededingingsregels geïnterpreteerd en toegepast dienen te worden door de bredere context in beschouwing te nemen van het waarom (ooit) Europese samenwerking op economisch terrein tot stand is gekomen, om de vrede tussen de volkeren van Europa te verzekeren en in het licht van de ontwikkelingen op het terrein van defensiesamenwerking sinds het Verdrag van Lissabon. De politieke en juridische complexiteit waarmee dit grotere doel te verzekeren in de EU vorm is gegeven, hebben we uitvoerig besproken door de NAVO Verdragsrechtelijke implicaties naar de voorgrond te halen alsmede het feit dat de lidstaten op dit terrein autonomie op grond van de EU-Verdragen hebben behouden terwijl er tevens een streven is naar een EU defensiebeleid.

## SAMENVATTING

Met het opzetten van het Ecosysteem beoogt Defensie te voorzien in de logistieke capaciteit die noodzakelijk is voor de militair-operationele capaciteiten van een Adaptieve Krijgsmacht om eigen en bondgenootschappelijk grondgebied te verdedigen en de internationale vrede en veiligheid te bevorderen. Voortdurende inzet van eigen middelen hiervoor is praktisch en financieel onhaalbaar. Het Ecosysteem zal daarom functioneren op basis van langdurige strategische samenwerking tussen Defensie en marktpartijen waarin mensen, middelen en manieren wederkerig kunnen worden gedeeld en uitgewisseld. Twee belangrijke eisen die gesteld moeten worden aan de deelnemende marktpartijen zijn dat ze in Nederland gevestigd zijn en dat (een deel van de) werknemers de Nederlandse nationaliteit bezitten. Dit is nodig om te kunnen garanderen dat de logistieke capaciteiten in crisissituaties onverkort inzetbaar zijn.

In het voorliggende rapport *‘Het Ecosysteem voor de militair-logistieke capaciteiten van de adaptieve Krijgsmacht: In het licht bezien van het NAVO-Verdrag, de EU-Verdragen en het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht’* is uiteengezet welke juridische verplichtingen uit het EU- en nationale aanbestedings- en mededingingsrecht voor een dergelijke samenwerking gelden en hoe in het licht daarvan juridisch vorm kan worden gegeven aan het Ecosysteem. Mogelijke aanbestedingsverplichtingen ontstaan doordat Defensie van plan is om bepaalde overheidsopdrachten voor diensten exclusief in het Ecosysteem onder te brengen.

### 1. Onderzoeksmethode (Delen I en II)

In het rapport is dit vraagstuk systemisch benaderd, vertrekkend vanuit de grondwettelijke taken van de Nederlandse Krijgsmacht die in de context van het NAVO-Verdrag en de EU-Verdragen (Verdrag betreffende de EU - VEU en Werkingsverdrag EU - WVEU) bezien moeten worden.

Op EU-niveau vloeien de mogelijke aanbestedingsverplichtingen voort uit de interne markt bepalingen uit het WVEU. De EU-Verdragen zijn als een ‘living constitution’ beschouwd die constant in ontwikkeling zijn en van invloed zijn op het hele juridische systeem. In het onderzoek zijn de interne markt bepalingen geanalyseerd als samenhangende onderdelen van één gezamenlijk en coherent juridisch systeem en in het licht van de overkoepelende doelstelling(en) van de EU die in de VEU en WVEU zijn omschreven. In het bijzonder is aandacht besteed aan de wijzigingen die in de EU-Verdragen in 2009 door het Verdrag van Lissabon werden gebracht ten aanzien van de centrale doelstelling van de EU - de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen - en van de ontwikkeling van het Gemeenschappelijke Veiligheids- en Defensie Beleid (GVDB).

Uit deze systemische bestudering van het juridische systeem komen de volgende drie uitgangspunten voort:

- Het **doel van de EU** is om ‘de **vrede**, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen (Artikel 3, lid 1 VEU).’ De **interne markt is een van de middelen** om dit doel te realiseren en dus daaraan feitelijk ondergeschikt.
- De nationale veiligheid blijft de uitsluitende **verantwoordelijkheid van elke lidstaat** (Artikel 4, lid 2 VEU). In 2009 werd met het Verdrag van Lissabon het GVDB uitgebreid (Artikel 42 VEU). Dit leidde in 2017 bijvoorbeeld tot de start van ‘permanent gestructureerde samenwerking’ om militaire samenwerking te intensiveren. Het Unierechtelijke systeem gaat er echter nog vanuit dat de militaire doelstellingen gerealiseerd worden op basis van een nationale verantwoordelijkheid en dus ook met nationale capaciteiten. Dit komt door het intergouvernementele karakter van het GVDB.
- Binnen de EU-Verdragen **geniet het NAVO-Verdrag een bevoorrechte positie**. Dit komt doordat het NAVO-Verdrag in 1949 in werking trad, bijna tien jaar voor het Verdrag van Rome (1958). Artikel 351 VWEU bepaalt in dat verband dat de rechten en verplichtingen uit dit verdrag niet kunnen worden aangetast door de EU-Verdragen. Dit wordt ook benadrukt in Artikel 42, lid 7 VEU dat bepaalt dat de NAVO-verplichtingen voor “de lidstaten die er lid van zijn de grondslag en het instrument van hun collectieve acties blijft”.

**Tussenconclusie:**

Dit betekent dat de bepalingen aangaande de interne markt en de uitzonderingen daarop zoveel als mogelijk conform de centrale doelstelling van de EU, de uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten voor hun nationale veiligheid en de verplichtingen die voortvloeien uit het NAVO-Verdrag moeten worden geïnterpreteerd.

## 2. Verenigbaarheid van het Ecosysteem Logistiek met het EU interne markt recht (Deel III)

Het voorgaande toont aan dat het Ecosysteem kan worden uitgezonderd van het EU interne markt recht, en daarmee ook van mogelijke EU-aanbestedingsverplichtingen. In het rapport worden twee varianten ter oplossing daartoe aangedragen en besproken.

### 2.1. Eerste Oplossingsvariant: bescherming van de openbare veiligheid en van het openbaar gezag

De eerste oplossingsvariant wordt geboden door de artikelen 52 (vrij verkeer van diensten) en 62 (vrijheid van vestiging) WVEU. Deze bepalingen geven de mogelijkheid aan lidstaten om van de interne markt bepalingen te mogen afwijken om redenen gerelateerd aan de bescherming van het openbaar gezag en van de openbare veiligheid. Wanneer de voorwaarden voor toepassing van deze bepalingen zijn vervuld, dan kunnen tevens de EU aanbestedingsrichtlijnen buiten toepassing worden gelaten.

Voor deze mogelijkheid gelden er twee vereisten a en b:

**a. Daadwerkelijk veiligheidsbelang?**

- De logistieke capaciteiten van het Ecosysteem zijn noodzakelijk voor Defensie ter uitvoering van de grondwettelijke taken en in het bijzonder de collectieve zelfverdedigingsverplichting uit het NAVO-Verdrag, waardoor er sprake is van een daadwerkelijk veiligheidsbelang.
- Het begrip openbare veiligheid uit genoemde bepalingen wordt niet zo nauw geïnterpreteerd dat het enkel ziet op de interne veiligheid van een lidstaat, maar betreft het ook de externe veiligheid. Deze externe veiligheid is onlosmakelijk verbonden met de internationale betrekkingen in brede zin, zoals deelname aan militaire allianties zoals de NAVO en het GVDB.

**b. Is de maatregel geschikt om de daarmee beoogde belangen te beschermen en wordt het handelsverkeer niet meer belemmerd dan noodzakelijk (proportionaliteit)?**

In het rapport wordt de noodzakelijkheid van het Ecosysteem geïdentificeerd in onderstaande punten:

- dat noch de NAVO noch de EU voorzien in geïntegreerde militaire capaciteiten maar wel militaire verplichtingen bevatten, waaraan dus enkel voldaan kan worden met nationale capaciteiten;
- dat samenwerking met in Nederland gevestigde marktpartijen noodzakelijk is om in crisissituaties capaciteiten te kunnen toe-eigenen;
- dat de eerdere personeelskrimp, het structurele tekort aan militairen en de flexibilisering van de arbeidsmarkt samenwerking met Nederlandse marktpartijen vergen die reservisten in dienst hebben die de Nederlandse nationaliteit dienen te bezitten (het beroep van militair is te beschouwen als een openbaar gezag functie);
- dat voor langdurige samenwerking een gesloten systeem van deelnemers nodig is;
- dat voor het betaalbaar houden van de nationale veiligheid een efficiënt gebruik van totale logistieke capaciteit zoals in het Ecosysteem nodig is;
- en dat voor de zekerheid van levering van logistieke diensten in crisistijd er binnen bepaalde juridische grenzen wederkerigheid tussen Defensie en de marktdeelnemers nodig is.

Het Ecosysteem is tevens als preventief militair instrument proportioneel omdat:

- het Hof van Justitie EU in het bijzonder belang hecht in dat verband aan verplichtingen die voortvloeien uit NAVO-lidmaatschap;<sup>100</sup>
- het toepassen van noodregelgeving in crisissituaties enkel mogelijk is wanneer marktdeelnemers binnen de jurisdictie van de Nederlandse staat vallen en dus op Nederlands grondgebied gevestigd zijn;
- zonder de Nederlandse nationaliteit van werknemers van de marktdeelnemers er in crisissituaties geen militaire inzet mogelijk is;

---

<sup>100</sup> Zaak C-252/01, *Commissie tegen België* [2003], r.o. 29-30.

- en omdat het Hof van Justitie EU niet uitsluit dat met een maatregel die een doelstelling van openbare veiligheid nastreeft ook doelen van economische aard kunnen worden bereikt.<sup>101</sup>

## 2.2. Tweede oplossingsvariant: Artikel 347 WVEU

De tweede oplossing wordt geboden door Artikel 347 WVEU die als een uitzonderingsbepaling geldt. Deze bepaling somt de vier situaties op die lidstaten de mogelijkheid geven maatregelen te treffen gericht op de bescherming van de veiligheid zelfs wanneer deze de werking van de interne markt ongunstig beïnvloeden.

Deze mogelijkheden zijn:

- I. ernstige binnenlandse onlusten waardoor de openbare orde wordt verstoord of
- II. in geval van oorlog of
- III. van een ernstige internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt of
- IV. om te voldoen aan de verplichtingen die hij met het oog op het behoud van de vrede en van de internationale veiligheid heeft aangegaan.

Er kan dan op drie verschillende manieren beargumenteerd worden dat de opzet van het Ecosysteem hieronder valt (in volgorde van minst- tot meest overtuigend):

- Omdat het begrip ‘**oorlogsgevaar**’ een zeer ruime reikwijdte heeft en een subjectief karakter kan beargumenteerd worden dat de annexatie van de Krim in 2014 door Rusland heeft geleid tot een “internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt” doordat het ook de territoriale integriteit van (Oost-) Europese staten bedreigt.
- Maar het kan ook beargumenteerd worden dat het Ecosysteem een **preventieve maatregel** is welke zich richt op een ‘oorlogsgevaar’ dat zich in de toekomst kan voordoen. In een conclusie bij het *Albore*-arrest uit 2000 beargumenteert Advocaat-Generaal Cosmas waarom een dergelijke ruime interpretatie van Artikel 347 WVEU noodzakelijk is.<sup>102</sup>
- Er kan ten slotte beargumenteerd worden dat het Ecosysteem een middel is om aan **internationale verplichtingen** te voldoen voor het behoud van vrede en veiligheid. Artikel 3, 4 en 5 NAVO-Verdrag en Artikel 42(7) VEU dwingen Nederland in dat verband om capaciteiten te bezitten om wanneer nodig militaire bescherming te kunnen bieden aan bondgenoten.

### **Tussenconclusie:**

Dit betekent dat het Ecosysteem en de opdrachten van Defensie voor diensten die daarin verstrekt zullen worden uitgezonderd kunnen worden van de werking van het EU interne markt recht. Hierdoor rusten er onder de genoemde voorwaarden geen EU-rechtelijke aanbestedingsverplichtingen op het opzetten en de instandhouding van het Ecosysteem.

<sup>101</sup> Zaak 72/83, *Campus Oil* [1984], r.o. 36.

<sup>102</sup> Conclusie van Advocaat-Generaal Cosmas in Zaak C-423/98, *Alfredo Albore* [2000].

### **3. Verenigbaarheid Ecosysteem met het nationale aanbestedings- en mededingingsrecht? (Deel IV)**

In het laatste deel IV van het rapport zijn de mogelijke aanbestedingseisen en mededingingsrechtelijke beperkingen die het nationale recht nog aan het Ecosysteem zou kunnen opleggen uiteengezet.

#### **3.1 Aanbestedingseisen uit het nationale recht?**

##### **Geschreven Aanbestedingsrecht?**

- Doordat de EU-rechtelijke uitzonderingen ook in de Nederlandse implementatie van de Defensierichtlijn zijn opgenomen, zijn de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied niet van toepassing.

##### **Ongeschreven aanbestedingsrecht?**

- Doordat de opdrachten binnen het toepassingsbereik van de AwDV vallen maar daarvan zijn uitgezonderd, zijn ook hoofdstukken 1.2 t/m 1.4 van de Aanbestedingswet 2012, waarin de algemene aanbestedingsbeginselen uiteen worden gezet, niet van toepassing.
- Doch in beperkte mate kunnen de beginselen van behoorlijk bestuur en de privaatrechtelijke beginselen van redelijkheid en billijkheid enkele lichte beperkingen aan Defensie opleggen.
  - Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt echter niet dat een bepaalde procedure moet worden gevolgd (soort aanbestedingsplicht).
  - Van belang is dat deelnemers geselecteerd worden op basis van objectieve en non-discriminerende criteria.
  - Afhangend van in hoeverre Defensie selectie- en gunningscriteria wenst te gebruiken voor toetreding tot het Ecosysteem zullen bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel en een motiveringsplicht gelden.

#### **3.2. Verplichtingen Defensie uit de (Nederlandse) Mededingingswet?**

##### **Economische activiteit?**

- Voor toepassing van de Mededingingswet op de activiteiten van Defensie is het eerst noodzakelijk dat er sprake is van ‘economische activiteit’.
- Volgens het HvJEU is hier geen sprake van voor zo ver de activiteiten van Defensie niet kunnen worden “losgekoppeld” van de “uitoefening van zijn bevoegdheden van openbaar gezag”.
- Er kan worden beargumenteerd dat de ogenschijnlijk *economische* activiteiten in vredetijd noodzakelijk zijn voor de instandhouding van een systeem die ziet op uitoefening van openbaar gezag door Defensie in crisistijd, en dat deze twee daardoor niet losgekoppeld van elkaar kunnen worden.



### Doorberekenen integrale kosten of algemeen belang besluit?

- Indien er toch sprake is van ‘economische activiteit’ dan zal Defensie voor de mogelijke dienstverlening aan de overige deelnemers de integrale kosten dienen door te berekenen. Concreet betekent dit dat Defensie een bedrag moet rekenen die niet lager is dan wat in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.
- Het Ecosysteem zou echter van deze verplichtingen uit de Mededingingswet uitgezonderd kunnen worden wanneer de economische activiteiten van het Ecosysteem in een besluit van de Minister van Defensie als van algemeen belang worden aangemerkt.

### 3.3. Verplichtingen overige deelnemers uit de Mededingingswet?

- Omdat er binnen het Ecosysteem ook samenwerking zal plaatsvinden tussen de marktdeelnemers rijst de vraag in hoeverre het kartelverbod van Artikel 6(1) Mededingingswet beperkingen aan het Ecosysteem oplegt.

Er zijn drie alternatieve gronden op basis waarvan onder voorwaarden het kartelverbod buiten werking kan worden gesteld:

- **Verordening 169/2009 van de Raad** bevat een uitzondering van het kartelverbod voor bepaalde economische activiteiten op het gebied van vervoer.
  - Artikel 2 van deze verordening bevat een uitzondering voor overeenkomsten in deze sector “die uitsluitend tot doel en ten gevolge hebben de toepassing van technische verbeteringen of de technische samenwerking”, waaronder ook uitwisseling van capaciteiten.
  - Van belang voor de toepassing hierbij is dat de samenwerking tussen de marktdeelnemers niet verder reikt dan noodzakelijk voor het in stand houden van het Ecosysteem met oog op het militaire doel ervan.
  - Ook dient de samenwerking als een ‘technische samenwerking’ te kunnen worden aangemerkt.
- **Artikel 6(3) Mededingingswet** bevat een meer algemene uitzondering van het kartelverbod voor samenwerking die de efficiëntieverbeteringen oplevert en waarvan de voordelen aan de gebruikers ten goede komen.
  - In het bijzonder is hierbij weer van belang dat mogelijke beperking van de mededinging noodzakelijk is en niet voor een wezenlijk deel van de betrokken logistieke diensten de mededinging uitschakelt.
- Ook is toepassing van het kartelverbod uitgezonderd wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de ondernemingen **niet meer dan 10% van de relevante markt** bedraagt.

**Tussenconclusie:** Dit betekent dat er vanuit het nationale recht geen aanbestedingsverplichtingen gelden voor het Ecosysteem en dat onder voorwaarden het ook buiten het bereik van het nationale mededingingsrecht valt. Wel gelden er minder verstrekkende verplichtingen op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur en het privaatrechtelijke beginsel van redelijkheid en billijkheid.

# Juridische kaders Ecosysteem Logistiek

Manunza, Meershoek & Senden 2020

