

51. Nationale veiligheid als natuurlijke begrenzing van EU aanbestedingsliberalisering

MR. N.A. MEERSHOEK¹

Meer dan tien jaar geleden werd door het Europees Parlement en de Raad² de Richtlijn overheidsopdrachten op defensie- en veiligheidsgebied³ (de Defensierichtlijn of Richtlijn) vastgesteld, die in 2013 in Nederland werd geïmplementeerd in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (AwDV). In de Nederlandse aanbestedingspraktijk bestaan er nog altijd veel juridische vragen over op welke overheidsopdrachten deze wet van toepassing is en hoe het wettelijk kader ervan zich verhoudt tot de mogelijkheden om een van de veiligheidsuitzonderingen uit de EU-verdragen in te roepen, zoals die van art. 36, 52, 62 en 346 Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU).

Inleiding

Kan bijvoorbeeld het ministerie van Defensie afwijken van EU-aanbestedingsverplichtingen wanneer het militaire en/of civiele taken door private partijen laat uitvoeren in het kader van het streven naar een ‘adaptieve krijgsmacht’?⁴ En wanneer kunnen andere aanbestedende diensten die te maken krijgen met veiligheidsdreigingen, zoals bijvoor-

beeld de politie en de douane, gebruikmaken van de AwDV of zelfs het EU-aanbestedingsrecht ter zijde schuiven?⁵

Voor een goed begrip van de materie is het eerst noodzakelijk om in meer algemene zin te beschouwen hoe internationale handelsliberalisering van nature wordt begrensd door de nationale veiligheid. Vervolgens zal ik kort de verschillende lagen van relevante regulering uiteenzetten om de structuren van het van toepassing zijnde EU- en nationale recht te verduidelijken. Het EU Hof van Justitie (hierna: ‘het Hof’) zal immers ter beoordeling of uitzondering in een specifiek geval gerechtvaardigd is eerst de vraag stellen of de betrokken veiligheidsbelangen niet binnen een procedure zoals voorgeschreven in de Defensierichtlijn hadden kunnen worden gewaarborgd. Daarna zal ik de bepalingen van de AwDV die aanbestedende diensten meer beslissingsruimte geven om de nationale veiligheid te waarborgen beschouwen om vast te stellen in hoeverre veiligheidsbelangen binnen de AwDV kunnen worden gewaarborgd en dus in hoeverre deze regulering wel of niet functioneel is ter verwezenlijking van de gestelde doelen.⁶ Deze inzichten zijn cruciaal om uiteindelijk te kunnen bepalen welke factoren doorslaggevend zullen zijn voor het succesvol invoeren van de uitzonderingsgronden uit de EU-verdragen.

- 1 Deze bijdrage bouwt voort op de Masterclass ‘Aanbestedingsrecht en Nationale Veiligheid’ van de Universiteit Utrecht, die in november 2020 voor het eerst werd georganiseerd door prof. mr. dr. Elisabetta Manunza en mr. Nathan Meershoek. Tevens is voor deze bijdrage gebruik gemaakt van enkele van de inzichten en bevindingen uit een onderzoeksrapport ten behoeve van het Ministerie van Defensie over de opzet van het ‘Ecosysteem Logistiek’. Dit geldt in het bijzonder voor par. 2.2 en 2.3; zie: E. Manunza, N. Meershoek & L. Senden, *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*, Utrecht University Centre for Public Procurement & RENFORCE 2020 (zie: <https://www.uu.nl/nieuws/militair-logistiekedienstverlening-door-bedrijfsleven-aan-defensie-is-eu-proof>). De auteur is verder dankbaar voor de waardevolle commentaren van prof. mr. dr. Elisabetta Manunza en mr. dr. Willem Janssen bij het schrijven van deze bijdrage.
- 2 Samen met de Europese Commissie hierna ook aangeduid als de ‘EU-wetgever’.
- 3 Richtlijn (EG) nr. 2009/81 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 (EG) nr. 2004/17 en (EG) nr. 2004/18, *PbEU*, L216, 20 augustus 2009, p. 76-136.
- 4 Zie hierover bijv.: *Het Financieel Dagblad*, ‘Gezocht bij Bedrijven: 14.000 deeltijdmilitairen’, 14 november 2020. Zie – meer specifiek – ook het onderzoeksrapport met betrekking tot het ‘Ecosysteem Logistiek’ (*supra* noot 1).

- 5 Voor een voorbeeld van veiligheidsdreigingen bij de douane die ontstaan in een aanbestedingscontext, zie: *Het Financieel Dagblad*, ‘Vrees voor Chinese spionage via douanescanners in haven Rotterdam’, 31 januari 2021.
- 6 In vergelijking met de reguliere Aanbestedingswet 2012.

1. Aanbestedingsliberalisering als middel voor militair doeleinde?

De Defensierichtlijn werd aangenomen op grond van de internemarktbevoegdheid van de EU die is vastgelegd in art. 114 VWEU.⁷ Zoals deze rechtsgrondslag voorschrijft, richt de Defensierichtlijn zich op het harmoniseren van de aanbestedingsregels die van toepassing zijn op defensie- en veiligheidsopdrachten in de lidstaten. Evenals de ‘reguliere’ aanbestedingsrichtlijnen⁸ is de Richtlijn gericht op de liberalisering van de interne markt door middel van rechtsbeginselen zoals die van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie.

De eenwording van de Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal in het bijzonder wordt door de Europese Commissie (de Commissie) van cruciaal belang geacht voor zowel de strategische autonomie van de EU als de veiligheid en soevereiniteit van de lidstaten.⁹ Zodoende heeft de EU-wetgever dit *economische* middel ondergeschikt gemaakt aan een *militair* doel, namelijk: ‘de versterking van de technologische en industriële basis voor de Europese defensie en voor de ontwikkeling van de benodigde militaire capaciteiten voor de tenuitvoerlegging van het Europees veiligheids- en defensiebeleid.’¹⁰

De verwezenlijking van dit doel is echter nog ver weg, nu de defensiemarkten nog steeds een sterk nationaal karakter kennen. De evaluatie van de Richtlijn door de Commissie¹¹ uit 2015 toont aan dat van een totaal van rond de 80 miljard euro aan defensie-inkoop (het gaat hier enkel om de inkoop van militaire goederen door centrale overheden) slechts 19,3 miljard euro onder het regime van de

Richtlijn is aanbesteed. Een recenter onderzoek in opdracht van het Europees Parlement toont een vergelijkbaar beeld.¹²

Dit is niet verrassend, aangezien de Richtlijn zelf erkent dat de lidstaten nog altijd een exclusieve bevoegdheid hebben op het gebied van nationale veiligheid, wat tevens is vastgelegd in art. 4 lid 2 Verdrag betreffende de EU (VEU). Hierdoor zijn de uitzonderingsbepalingen voor de *openbare veiligheid* van art. 36, 52 en 62 VWEU en de *essentiële veiligheidsbelangen* van art. 346 VWEU onverminderd van toepassing op opdrachten die binnen de reikwijdte van de Richtlijn vallen.¹³ Nu de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een nagenoeg letterlijke implementatie van deze richtlijn in de AwDV, geldt dit ook voor de implementatiewetgeving. Voor een goed begrip van de werking van deze uitzonderingsbepalingen is het echter eerst noodzakelijk te begrijpen waar ze vandaan komen.

2. De nationale veiligheid als een natuurlijke begrenzing van internationale en Europese handelsliberalisering

Na de Tweede Wereldoorlog brak er een periode van vrede tussen de staten van West-Europa aan. Onder de Amerikaanse militaire bescherming, die definitief gestalte kreeg met het NAVO-verdrag van 1949, waren de omstandigheden gunstig voor het opbloeien van de vrije handel tussen staten. Voor oprichting van de NAVO werd onder Amerikaanse politieke leiding in 1947 al de *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT 1947) als grondslag voor internationale vrijhandel vastgesteld.¹⁴ Binnen Europa werd met het Verdrag van Rome in 1957 een interne markt gecreëerd, waarbinnen import- en exporttarieven helemaal werden afgeschaft. Bij de totstandkoming van de nieuwe internationale rechtsorde zochten staten echter allereerst naar herbevestiging en bescherming van hun soevereiniteit. De organisatie van de Verenigde Naties (VN) werd in dat licht al in 1945 opgericht op basis van de ‘soevereine gelijkheid’ van haar leden en de ‘zelfbeschikking van volken’.¹⁵

Bij de totstandkoming van de nieuwe Europese interne markt zochten staten allereerst naar herbevestiging en bescherming van hun soevereiniteit

Met het begrip ‘soevereiniteit’ zal in deze bijdrage verwezen worden naar de onafhankelijkheid van staten bij het imple-

7 De Richtlijn is tevens aangenomen op de specifieke rechtsgrondslagen voor het vrije verkeer van diensten (art. 62 VWEU) en vrijheid van vestiging (art. 53 VWEU).
 8 Richtlijn (EU) nr. 2014/23, Richtlijn (EU) nr. 2014/24 en Richtlijn (EU) nr. 2014/25.
 9 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 8. Zie ook: European Union External Action Service, *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe – A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy*, June 2016.
 10 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 2. Dit doet ook de vraag rijzen of de interne markt wel de ‘meest geschikte’ rechtsgrondslag betreft en de materie niet onder het Gemeenschappelijke Defensie- en Veiligheidsbeleid had moeten worden geregeld. Zie hierover: E. Manunza & C. Jansen, ‘Een interne markt voor defensieopdrachten’, *Stcrt.* 11 juni 2019. Voor deze vraag is van belang waar het ‘zwaartepunt’ van de regulering ligt. Zie: R. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie* (diss.), Deventer: Kluwer 1999, p. 59; E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde misdaad* (diss.), Deventer: Kluwer 2001, p. 263-277 (aangaande dezelfde soort problematiek op het grensvlak van EU-aanbestedingsrecht en bestrijding van corruptie en georganiseerde misdaad) en specifiek in het kader van de Defensierichtlijn: N. Meershoek, ‘The Constraints of Power Structures on EU Integration and Regulation of Military Procurement’, *European Papers 2021* (publicatie aanstaande).
 11 Zie: Europese Commissie, COM(2016) 762 final, *Commission staff working document on public procurement in the fields of defence and security*, 16 november 2016.

12 European Parliament, *EU Defence Package: Defence Procurement and Intra-Community Transfers Directives European Implementation Assessment*, European Parliamentary Research Service, oktober 2020.
 13 Preambule 16 en art. 2 Richtlijn (EG) nr. 2009/81.
 14 Na de val van de Sovjet Unie werd dit verdrag nieuw leven ingeblazen door de oprichting van de Wereldhandelsorganisatie met de Overeenkomst van Marrakesh van 1994.
 15 Art. 1 en 2 lid 1 VN-Handvest.

menteren van beleid gericht op het eigen voortbestaan.¹⁶ Deze soevereiniteit wordt, in andere bewoordingen, ook erkend binnen de EU-rechtsorde door art. 4 lid 2 VEU. Deze bepaling stelt vast dat de EU de ‘essentiële staatsfuncties’ van de lidstaten zal eerbiedigen, in het bijzonder de ‘verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid’.¹⁷ Het begrip ‘nationale veiligheid’ dient in deze bijdrage dus begrepen te worden als een van de cruciale componenten van het begrip ‘soevereiniteit’.¹⁸ Alhoewel ze als onafhankelijke componenten worden genoemd in art. 4 lid 2 VEU, is nationale veiligheid in strikt juridische zin een concretisering van het begrip ‘openbare orde’. Territoriale integriteit kan vervolgens weer het beste gezien worden als een concretisering van ‘nationale veiligheid’.

2.1 Nationale soevereiniteit nog altijd de grondslag van het internationaal recht

In strikt juridische zin werd de soevereiniteit van de VN-lidstaten wel begrensd door de oprichting van de Veiligheidsraad, waaraan de lidstaten ‘de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid’ overdroegen.¹⁹ Door de vetorechten van de permanente leden bleek deze instelling echter vaak niet in staat om deze verantwoordelijkheid effectief uit te oefenen. Soevereiniteit bleef daardoor het belangrijkste uitgangs-

punt van de internationale (rechts)orde,²⁰ en het door het VN-Handvest erkende ‘inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging’ bleef de meest belangrijke juridische grondslag voor rechtmatig gebruik van geweld.²¹

Doordat de internationale rechtsorde voortbouwt op de soevereiniteit van staten en deze poogt te beschermen, is de regulering van internationale handel van nature begrensd door dit concept. Een van de grote ideologische pleitbezorgers van vrijhandel tussen staten, Adam Smith, erkende al dat staten bepaalde industrieën die bijdragen aan de landverdediging zullen moeten beschermen tegen buitenlandse concurrentie.²² Iedere rechtsregel wordt immers van nature begrensd door diens functie en het systeem waar het onderdeel van uitmaakt.²³

Dat internationale vrijhandel en de regulering daarvan van nature begrensd worden door de staatssoevereiniteit, blijkt ook uit art. XXI GATT 1947. Deze bepaling bevat drie algemene uitzonderingen op de werking van het verdrag. Allereerst kunnen de verplichtingen van het verdrag buiten werking worden gesteld indien een staat anders informatie zou moeten delen op een wijze die tegen diens veiligheidsbelangen ingaat. De tweede uitzondering betreft alle maatregelen die een lidstaat *noodzakelijk acht* voor de bescherming van diens wezenlijke veiligheidsbelangen die relateren aan: nucleair materiaal, de handel in wapens en munitie en andere goederen die direct of indirect een militair doeleinde dienen, en deze maatregelen genomen worden ten tijde van oorlog of een *international emergency*.

In een recente uitspraak van een panel van de Wereldhandelsorganisatie inzake *Russia Traffic in Transit*, beriep Rusland zich op de uitzondering om de blokkeringen van doorvoerhandel uit Oekraïne te rechtvaardigen in de context van het lopende conflict. Het panel bevestigde dat er in het bijzonder een ruime beoordelingsmarge is voor de lidstaten bij het bepalen van welke maatregelen nood-

16 Waaronder militair veiligheidsbeleid, maar ook de beslissingsvrijheid om deze soevereiniteit te begrenzen door verdragen met andere staten aan te gaan zoals in het kader van de EU. Staten zijn niettemin gebonden aan de verplichtingen die ze zichzelf opleggen, maar behouden het ‘soevereine recht’ om uit te treden, zoals wordt erkend door art. 50 VEU en geïllustreerd door de *Brexit*. Het Hof van Justitie erkende dit ook als ‘soverein recht’, zie: HvJ EU (2018), zaak C-621/18 (*Andy Wightman and others*), r.o. 50 en 56.

17 Het idee van soevereiniteit als *ultieme* juridische autoriteit (en dus de vraag of die bij de nationale grondwet of bij de EU-verdragen ligt) wordt als zodanig buiten beschouwing gelaten. Zie recentelijk hierover bijv.: R. Barents, ‘Het Hof van Justitie en nationale constitutionele rechters’, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2021, p. 2-11. Beantwoording van deze vraag is niet nodig voor het doel van deze bijdrage omdat de EU-verdragen juist grondslagen bieden voor het rechtvaardigen van uitzonderingen van de internemarktregels bij militaire en gevoelige overheidsopdrachten. Ook is deze vraag verminderd relevant in de Nederlandse context, nu in de Grondwet is vastgelegd dat het internationale recht voorrang heeft op het nationale recht (zie art. 94 Grondwet).

18 Maar de implicaties van art. 4 lid 2 VEU voor het aanbestedingsrecht zijn breder, nu deze bepaling ook in de EU-verdragen is opgenomen ter bescherming van de ‘nationale identiteit’ die besloten ligt in de ‘politieke en constitutionele basisstructuren’ van de lidstaten, ‘waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur’. Dit kan tezamen ook gezien worden als een belichaming van het recht op ‘zelforganisatie’, zie: W. Janssen, *EU Public Procurement Law & Self-Organisation: A Nexus of Tensions & Reconciliations*, Den Haag: Eleven International Publishing 2018, p. 95-101.

19 Art. 24 VN Handvest.

20 Sinds de NAVO-interventie in Kosovo (1999) wordt er wel gesproken over ‘humanitaire interventie’ en de ‘*Responsibility to Protect*’ op basis waarvan (met *rechtmatig* geweld) de soevereiniteit van een staat doorbroken zou kunnen worden. Er lijkt echter nog geen sterke juridische grondslag voor dergelijk optreden te bestaan. Zie bijvoorbeeld: A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 335 en A. Henriksen, *International Law*, Oxford University Press 2017, p. 280-282.

21 Art. 51VN Handvest.

22 A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford University Press 1976 (first edition: 1776), Boek IV, Hoofdstuk II.

23 Deze benadering van soevereiniteit is terug te herleiden tot het werk van Thomas Hobbes. Voor Hobbes was de de staat een resultaat van een *social contract* tussen rationele individuen: ‘*to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men*’, dat wil zeggen voor interne vrede en externe veiligheid. De soevereiniteit van de staat is dan onbegrensd zolang de uitoefening ervan ter verwezenlijking is van diens functie. Uiteraard is een totale afwijzing van moraliteit en individuele rechtvaardigheid in het moderne staatsbegrip niet langer houdbaar. Ook heiligt een bepaald doel nooit alle mogelijke middelen. Toch heeft het werk van Hobbes nog steeds een sterk verklarende functie voor zaken van oorlog en vrede. Zie: T. Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press 1996 (eerste uitgave werd gepubliceerd in 1651), hfdst. XVII.

zakelijk zijn ten tijde van oorlog of noodsituatie.²⁴ Het panel weerlegde dat er geen sprake zou kunnen zijn van rechterlijke controle, nu de bepaling lijkt te impliceren dat de lidstaten voor eigen rechter kunnen spelen.²⁵ Zodra er sprake is van oorlog of een noodsituatie²⁶ geldt er volgens het panel enkel een verplichting om *in good faith* te handelen en niet om de verplichtingen van de GATT 1947 te omzeilen.

In art. III *Government Procurement Agreement* 1996 (GPA 1996)²⁷ werd een soortgelijke uitzonderingsbepaling opgenomen. Alhoewel deze bepaling nucleair materiaal, oorlog en *international emergency* buiten beschouwing laat, biedt het niettemin een ruime uitzonderingsgrond. Voorts zijn uitgezonderd de overheidsopdrachten waarvoor staten dit noodzakelijk achten voor de bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen die relateren aan de aankoop van militaire goederen, alsmede de aankopen die onmisbaar zijn voor de ‘nationale veiligheid’ of voor de landsverdediging. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat art. III GPA 1996 een andere juridische interpretatie behoeft dan art. XXI GATT 1947. De functies van de regels en uitzonderingsbepalingen van beide regimes komen immers overeen.

2.2 De fundamentele voor Europese vrede na de Tweede Wereldoorlog

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 ondanks de recente geschiedenis toch weer zou moeten bewapenen. Jean Monnet, het brein achter het Schumanplan dat de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) tot stand bracht, verwoordde het in 1950 als ‘*La contribution allemande à la défense de l’Ouest étant indispensable, et le réarmement de l’Allemagne inacceptable*’.²⁸ Uit deze angst voor een militair onafhankelijk West-Duitsland 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 vorm door toetreding tot de NAVO (die al in 1949 werd opgericht) in 1955 en kwam het primaat voor (West-)Europese veiligheid definitief te liggen bij deze intergouvernementele organisatie.²⁹

Het NAVO-verdrag is gebaseerd op het recht van collectieve zelfverdediging, zoals opgenomen in art. 51 VN-Handvest. Volgens art. 5 NAVO-verdrag houdt dit principe simpelweg in dat ‘een gewapende aanval tegen een of meer van [de deelnemende staten]³⁰ in Europa of Noord-Amerika als een aanval tegen hen allen zal worden beschouwd’. Het NAVO-verdrag creëert echter niet enkel reactieve 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 [te] ontwikkelen door voortdurend en op doelmatige wijze zichzelf te versterken en elkander hulp te verlenen’ (art. 3). Daarom dienen NAVO-lidstaten de militaire capaciteiten te hebben om elkaar *daadwerkelijk* bescherming te bieden in militaire crisissituaties.³¹ In dat verband spraken de NAVO-lidstaten in 2014 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.³²

Pleitbezorger van vrijhandel Adam Smith erkende dat staten bepaalde industrieën die bijdragen aan de landsverdediging zullen moeten beschermen tegen buitenlandse concurrentie

Om vrede tussen de soevereine Europese staten te garanderen, zij het indirect via economische integratie en samenwerking, werd in 1957 met het Verdrag van Rome de Europese Economische Gemeenschap opgericht (EEG-Verdrag). Vanwege het mislukken van de EDG werd de economische integratie op defensie terrein stevig begrensd door uitzonderingsmogelijkheden op grond van de bescherming van de openbare en nationale veiligheid die de militaire soevereiniteit van de lidstaten dienen te garanderen (huidige art. 36, 52, 62, 65, 346 en 347 VWEU). De bepalingen van art. 346 en 347 VWEU werden geïnspireerd op art. XXI GATT 1947, gericht op het uitzonderen van de handel in militaire goederen en noodzakelijke maatregelen ten tijde van oorlog of een internationale noodsituatie.

24 WTO, Report of the Panel, WT/DS512/R, *Russia – Measures concerning traffic in transit*, 5 april 2019.

25 *Ibid*, par. 7.77 en 7.102. Zie in dat verband ook: R. Alford, ‘The Self-Judging WTO Security Exception’, *Utah Law Review* 2011, p. 697-759.

26 Gezien de systematiek van de bepaling zou verondersteld kunnen worden dat hetzelfde geldt op het moment dat er vastgesteld kan worden dat het de handel in militaire goederen betreft.

27 World Trade Organization, *Revised Agreement on Government Procurement and WTO related legal instruments*, Text of the GPA as amended on 30 March 2012.

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

29 Het Noord-Atlantisch Verdrag, Washington D.C., 4 april 1949.

30 Toevoeging tussen haakjes is van auteurs.

31 Dit betekent dat de lidstaten dienen te beschikken over het nodige militair materieel, troepen en operationeel vermogen.

32 NAVO, *Wales Summit Declaration*, 5 september 2014, par. 14.

2.3 Geopolitieke verschuivingen na de Koude Oorlog en het aanpassingsvermogen van de EU

Na de val van de Berlijnse muur op 9 november 1989 en het verder uit elkaar vallen van de Sovjet Unie verschoof de naoorlogse internationale veiligheidsdynamiek.³³ De EU-lidstaten stonden niet langer onder directe territoriale dreiging van de Sovjet Unie. De VS trokken zich daarom geleidelijk terug uit Europa. De EU reageerde hierop door in oostelijke richting uit te breiden en in het verdrag van Maastricht de basis te leggen (1992) voor een gemeenschappelijk buitenland- en veiligheidsbeleid (GBVB). Pas met dit verdrag werd er alsnog 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 art. 42 VEU).

Toch 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.³⁴ De eerste twee militaire missies van de EU in de Balkan gingen in 2003 van start, waarna meer missies volgden.³⁵ Alhoewel de EU een duidelijke stap zette naar een kleinere afhankelijkheid van de VS, werd in deze strategie de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor internationale veiligheid benadrukt, waarbij de VS nog genoemd werden als dominante speler.³⁶

Maar door afbrokkeling van de Amerikaanse hegemonie en de politieke bereidheid van de VS om voor de Europese veiligheid garant te staan, is meer recentelijk, in de EU Globale Strategie van 2016, de nadruk verschoven van Trans-Atlantische samenwerking naar 'strategische autonomie'.³⁷ Naast de afnemende dominantie van de VS en de industriële en militaire opkomst 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 een autonome rol in deze wereld te verkrijgen en te behouden.

De ambitie van eenwording van de Europese markt voor defensie- en veiligheidsmateriaal – en dus de Defensierichtlijn – is een onderdeel hiervan. Zoals gezegd is deze ambitie door de EU-wetgever echter vastgelegd binnen de *supranationale* internemarktbevoegdheid, waar onverkort

de verdragsrechtelijke veiligheidsuitzonderingen gelden, terwijl voor de *intergouvernementele* defensiebevoegdheid geldt dat deze gebaseerd is op vrijwillige inzet van nationale militaire capaciteiten op grond van art. 42(1) VEU.

Voordat in dat licht de functionaliteit van de AwDV ter bescherming van de nationale veiligheidsbelangen bij overheidsopdrachten zal worden onderzocht, is het eerst noodzakelijk de verschillende lagen van regulering uiteen te zetten.

3. Het waarborgen van nationale veiligheid in de verschillende lagen van aanbestedingsregulering

Om te bepalen welke regelgeving van toepassing is op een specifieke overheidsopdracht in de Nederlandse context, of meerdere daarvan, gelden twee belangrijke uitgangspunten. Allereerst geldt op grond van art. 94 Grondwet dat het internationale recht, dat voortkomt uit verdragen en daaruit voortvloeiende regelingen vastgesteld door bevoegde internationale instanties, voorrang heeft boven het nationale recht. Dit is tevens een fundamenteel uitgangspunt van het EU-recht in het algemeen, dat het EU Hof van Justitie al bevestigde in *Costa/ENEL* (1964) door te bepalen dat het verdragsrecht 'niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet'. Het EU-recht als 'autonome bron' zou anders immers 'zijn gemeenschapsrechtelijke karakter verliezen'.³⁸ Ten tweede geldt het algemene rechtsbeginsel *lex specialis derogat legi generali*, oftewel het specialiteitsbeginsel. Volgens dit beginsel heeft een speciale regeling doorgaans voorrang op een algemene regeling. In concrete zin betekent dit dat de meest specifieke regel (oftewel de regel met de kleinste materiële reikwijdte) van toepassing is.

Het aanbestedingsrecht in de Nederlandse context kent zodoende drie lagen. De meest specifieke laag is te vinden in de AwDV, die alleen van toepassing is op militaire en gevoelige opdrachten met een waarde boven de drempelbedragen. De meer algemene bron van aanbestedingsrecht is de Aanbestedingswet (Aw), die van toepassing is op overheidsopdrachten in algemene zin. Ten slotte is er een nog meer algemene laag van regulering die niet uit specifieke aanbestedingswetgeving³⁹ maar uit bepaalde fundamentele rechtsbeginselen voortvloeit, zoals de privaatrechtelijke beginselen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook gelden in bepaalde situaties de algemene beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie op grond van de

33 Voor een uitgebreide analyse van de wijzen waarin geopolitieke machtsstructuren de mogelijkheden voor effectieve regulering van militaire overheidsopdrachten inperken, zie: Meershoek 2021 (*supra* noot 10).

34 Europese Raad, 15895/03 PESC 787, *A secure Europe in a better world – European Security Strategy*, Brussels: 8 december 2003.

35 Voor een overzicht van de twaalf 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, p. 513-534.

36 Europese Raad, 15895/03 PESC 787, *A secure Europe in a better world – European Security Strategy*, Brussels: 8 december 2003, p. 3.

37 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.

38 HvJ EU (1964), zaak 6/64 (*Costa/ENEL*), p. 1219.

39 Deze beginselen zijn wel in andere wetgeving terug te vinden (resp. het Burgerlijk Wetboek en de Algemene Wet Bestuursrecht).

EU-verdragen.⁴⁰ In tegenstelling tot deze EU-rechtelijke beginselen blijven nationaal georiënteerde fundamentele rechtsbeginselen ook van toepassing wanneer er op basis van een uitzonderingsgrond van de specifieke wetgeving in de AwDV of Aw wordt afgeweken.⁴¹

4. Het waarborgen van nationale veiligheid binnen de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied en de beperkingen daarvan

Om te bepalen welke regelgeving van toepassing is op overheidsopdrachten die raken aan de nationale veiligheid is het allereerst van belang te bepalen of deze binnen de reikwijdte van de AwDV valt en of de veiligheidsbelangen in kwestie binnen de kaders van deze wet gegarandeerd kunnen worden.

4.1 De reikwijdte van de AwDV en de Defensierichtlijn

Deze wet is volgens art. 2.1 AwDV van toepassing op de plaatsing van opdrachten voor I) de levering van militair materiaal, II) de levering van gevoelig materiaal, III) werken, leveringen en diensten die *rechtstreeks verband* houden hiermee en IV) werken en diensten specifiek voor militaire doeleinden, of gevoelige werken of gevoelige diensten. De vraag of een specifieke opdracht onder de reikwijdte van de wet valt, hangt dus af van de vraag of deze opdracht zelf van militaire of gevoelige aard is, dan wel een rechtstreeks verband met militair of gevoelig materiaal houdt. In het licht van de voorrang van het EU-recht, ten behoeve van de nuttige werking daarvan, zal bij deze vragen de EU-rechtelijke interpretatie als uitgangspunt moeten worden genomen. Dit is te meer het geval nu de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de reikwijdte (art. 2.1 AwDV) deze nagenoeg letterlijk heeft overgenomen uit de EU-richtlijn.⁴²

Wat betreft ‘militair materiaal’ heeft de EU-wetgever in de Richtlijn verduidelijkt dat dit materiaal betreft dat ‘specifiek is ontworpen voor of aangepast aan militaire doeleinden en dat bedoeld is voor gebruik als wapen, munitie of oorlogsmateriaal.’⁴³ In het bijzonder heeft de EU-wetgever hiermee bedoeld de typen materiaal die zijn opgenomen in de lijst van wapens, munitie en oorlogsmateriaal die is vastgesteld bij Besluit 255/58 van de Raad van de Europese Unie van 15 april 1958.⁴⁴ Kort gezegd bevat deze lijst het zogenoemde *zuiver militaire* materiaal, dat specifiek

is ontworpen voor militaire doeleinden. Deze lijst werd destijds opgesteld door de Raad van de Europese Unie om vast te stellen welke typen goederen onder de reikwijdte van de uitzonderingsbepaling van art. 346 VWEU vallen. Voor de reikwijdte van de AwDV is deze kwestie echter van verminderd belang, nu de EU-wetgever het bereik daarvan heeft willen verruimen door ook het zogenoemde *dual-use* materiaal hieronder te laten vallen.⁴⁵ Dit betreft producten die oorspronkelijk voor civiel gebruik zijn ontworpen, doch aangepast kunnen worden om militaire doeleinden te dienen.

De ‘gevoelige opdrachten’ vormen een minder duidelijk omlinjende categorie. De Richtlijn definieert deze als opdrachten die ‘betrekking hebben op gerubriceerde gegevens of die gerubriceerde gegevens noodzakelijk maken en/of bevatten’.⁴⁶ De EU-wetgever heeft hiermee de toepassing van de Richtlijn willen uitbreiden tot ‘opdrachten die soortgelijke kenmerken als defensieopdrachten hebben en die even gevoelig zijn’.⁴⁷ De Richtlijn zwijgt echter over wat precies verstaan moet worden onder ‘gerubriceerde gegevens’. Dit is niet zo vreemd, aangezien rubricering van gegevens en de beveiliging daarvan een nationale aangelegenheid betreft, wat in art. 22 Defensierichtlijn onderstreept wordt door te spreken over ‘gebrek aan harmonisatie op communautair niveau van de nationale systematiek voor veiligheidsonderzoeken.’ De Nederlandse wetgever heeft in art. 1.1 AwDV aan de definitie van ‘gevoelig materiaal’ nog toegevoegd dat dit materiaal is ‘bestemd voor veiligheidsdoeleinden’. De wet definieert gerubriceerde gegevens vervolgens als volgt:

‘gegevens of materiaal, ongeacht de vorm, aard, of wijze van verzending ervan, waaraan een bepaald niveau van veiligheidsclassificatie of een beveiligingsniveau is toegekend en die in het belang van de nationale veiligheid en uit hoofde van wettelijke voorschriften, van bindende aanwijzingen gegeven vanwege het Rijk of van bestuursrechtelijke besluiten, beschermd moeten worden.’

Hierbij dient opgemerkt te worden dat om binnen de reikwijdte van de AwDV te vallen het slechts noodzakelijk is dat de betreffende opdracht een veiligheidsdoeleinde dient en betrekking heeft op gerubriceerde gegevens, dan wel deze noodzakelijk maakt of zelf bevat. Voor de aanbestedende dienst brengt dit een plicht mee om bij toepassing van de AwDV vooraf aan te tonen dat op enig moment in het aanbestedingsproces of de uitvoering van de opdracht gerubriceerde gegevens met de gekozen inschrijver gedeeld zullen moeten worden. Bij de Rijksoverheid gaat dit om rubricering van zogenoemde ‘bijzondere informatie’. Hieronder wordt in het Besluit Bijzondere informatie 2013 verstaan: ‘informatie waar kennisname door niet geautoriseerden nadelige gevolgen kan hebben voor de belangen van de Staat, van zijn bondgenoten of van één of meer

40 Zie in de aanbestedingsrechtelijke context over deze beginselen: R. Bleeker & E. Manunza, ‘De Invloed van het Europees Recht op het Nederlandse Aanbestedingsrecht’, in: A. Hartkamp, C. Keus, J. Kortmann & J. Wissink (eds.), *De Invloed van het Europees Recht op het Nederlandse Privaatrecht*, Kluwer 2014, p. 745-762.

41 Voor een analyse van de juridische verplichtingen die deze fundamentele rechtsbeginselen vervolgens met zich brengen, zie: Manunza, Meershoek & Senden 2020 (*supra* noot 1), deel IV.

42 Art. 2 Richtlijn (EG) nr. 2009/81.

43 Art. 1 Richtlijn (EG) nr. 2009/81.

44 Raad van de EU, *Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958*, Document 14538/4/08, Brussel: 26 november 2008. Voor een bespreking van de juridische status en aard van de lijst, zie: M. Trybus, *Buying Defence and Security in Europe*, Cambridge University Press 2014, hfdst. 3, par. 2.

45 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 10.

46 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, art. 1.

47 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 11.

ministeries.’ Voorts zijn er vier niveaus van rubricering: Staatsgeheim ZEER GEHEIM, Staatsgeheim GEHEIM, Staatsgeheim CONFIDENTIEEL en Departementaal VERTROUWELIJK.⁴⁸ Voor de beveiliging van deze gegevens kunnen dan extra strenge eisen worden gesteld op grond van art. 2.68 AwDV. In uitzonderlijke gevallen kan dit grondslag bieden om bepaalde inschrijvers uit te sluiten op grond van art. 2.77 AwDV. Terecht wordt door de Nederlandse wetgever in de Memorie van Toelichting bij de AwDV opgemerkt dat bij het vaststellen of er sprake is van een ‘gevoelige opdracht’ rekening gehouden dient te worden met ‘doel en strekking van de richtlijn’.⁴⁹ Dit betekent dat met name die overheidsopdrachten hiertoe moeten worden gerekend waarvoor vanwege veiligheidsbelangen de ‘reguliere’ aanbestedingsregels niet geschikt zijn.

4.2 Specifieke uitzonderingsgronden verminderen mogelijke effectiviteit Defensierichtlijn

Het doel van de Defensierichtlijn⁵⁰ is op zijn zachtst gezegd ambitieus te noemen. Nog los van de verdragsrechtelijke obstakels van de uitzonderingsgronden van onder andere art. 346 VWEU, wordt de mogelijke effectiviteit van de Defensierichtlijn in het behalen van dit doel op voorhand al stevig begrensd door de specifieke uitzonderingsgronden die het zelf heeft vastgesteld. Deze uitzonderingsgronden zijn te vinden in art. 2.16 en 2.17 AwDV. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de betreffende opdrachten, wanneer ze van de AwDV worden uitgezonderd, nog wel onder de werking van de vrijverkeersbepalingen van de EU-verdragen zouden vallen op het moment dat ze daar ook niet van zouden kunnen worden uitgezonderd. Op grond van het primaire recht geldt dan met name het verbod op discriminatie en het beginsel van gelijke kansen.⁵¹ Twee uitzonderingsgronden vallen met name op door de ruime werking voor de structurering van de Europese defensie-industrieën en de daardoor potentieel grote belemmering voor de totstandkoming van een interne markt voor militair materieel.

De effectiviteit van de Defensierichtlijn wordt op voorhand al stevig begrensd door de specifieke uitzonderingsgronden die het zelf heeft vastgesteld

Allereerst zijn opdrachten uitgezonderd ‘die worden geplaatst in het kader van een samenwerkingsprogramma tussen het Koninkrijk der Nederlanden en één of meer andere lidstaten dat is gebaseerd op onderzoek en ontwikkeling met het oog op de ontwikkeling van een nieuw product’. Deze uitzonderingsgrond heeft een potentieel ruim bereik, te meer sinds de totstandkoming van het Europees Defensiefonds op basis waarvan in de budgetperiode 2021-2027 7 miljard euro aan EU-subsidies zal worden gegund aan innovatieve én grensoverschrijdende samenwerkingsprojecten in de Europese defensie-industrieën.⁵² Deze projecten zullen vaak ook gedeeltelijk door de lidstaten gefinancierd worden, waardoor zowel in de fase van onderzoek en ontwikkeling als bij de aanschaf van de Defensierichtlijn afgeweken kan worden.

Daarnaast zijn ook opdrachten uitgezonderd waarvoor ‘andere procedurevoorschriften gelden’ op grond van een internationale overeenkomst of afspraak tussen Nederland en een of meerdere derde landen. Voor Nederland geldt dat militaire samenwerking zowel binnen de EU als binnen de NAVO plaatsvindt. Binnen de EU worden machtsverhoudingen primair gestructureerd door de grootmachten Frankrijk (*nucleaire* grootmacht) en Duitsland (*industriële* grootmacht). De NAVO kent van oudsher echter een sterk gecentreerde machtsstructuur waarbinnen de Europese veiligheid afhankelijk is van de militaire macht van de Verenigde Staten. Door de *Brexit* zullen de Britten op het gebied van militaire industrie ook meer een eigen koers gaan varen. De uitzonderingsgrond biedt in dat opzicht mogelijkheden voor een NAVO-lidstaat als Nederland om voor bepaalde opdrachten de voorkeur te geven aan samenwerking met NAVO-partners van buiten de EU. De aanschaf van de JSF-gevechtsvliegtuigen, onder diplomatieke druk van de VS,⁵³ is het meest bekende voorbeeld hiervan.

4.3 Toegang inschrijvers en producten uit derde landen?

Vanwege de eerder genoemde ruime uitzonderingsgrond in de *Government Procurement Agreement*, heeft de EU-wetgever het aan de lidstaten gelaten om te bepalen in hoeverre zij toegang wensen te geven aan inschrijvers uit derde landen. Het is logisch dat hier geen verplichtingen voor zijn opgenomen in de Richtlijn, omdat het doel ervan immers ‘de versterking van de technologische en industri-

48 Degene die de inhoud van de informatie vaststelt, stelt tevens de rubricering vast. Zie: *Stcrt.* 15497, *Besluit van de Minister-President van 1 juni 2013, nr. 3124134, houdende voorschrift informatiebeveiliging Rijksdienst – bijzondere informatie 2013.*

49 *Kamerstukken II* 2010/11, 32768, nr. 3, Memorie van Toelichting: *Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG*, p. 22.

50 Zie *supra* noot 10.

51 Deze EU-rechtelijke beginselen van het aanbestedingsrecht hebben überhaupt een veel ruimere werking dan de Europese richtlijnen en de Nederlandse aanbestedingswetgeving, zie: Bleeker & Manunza 2014 (*supra* noot 40).

52 Verordening (EU) 2021/697 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2021 tot oprichting van het Europees Defensiefonds en tot intrekking van Verordening (EU) 2018/1092.

53 Voor een geschiedenis van de besluitvorming omtrent de ontwikkeling en aanschaf van de JSF-gevechtsvliegtuigen, zie: C. Klep, *Dossier JSF*, Amsterdam: Boom 2014.

ele basis voor de Europese defensie' is.⁵⁴ De Nederlandse wetgever heeft in art. 1.7 AwDV voorts de keuze voor het wel of niet toelaten van inschrijvers uit derde landen in het geheel bij de aanbestedende dienst gelegd (behoudens specifieke verdragsrechtelijke verplichtingen). De mogelijkheid tot uitsluiten van een inschrijver uit een derde land is juridisch dus niet ingewikkeld. In de praktijk doen zich echter vaker situaties voor waarin de inschrijver zelf binnen de EU gevestigd is, maar de zeggenschap over deze inschrijver erbuiten ligt.⁵⁵ Wanneer dit de betrouwbaarheid van de inschrijver aantast, dan zal veelal gebruik kunnen worden gemaakt van de verruimde uitsluitingsgronden (zie verder hierover onder 4.6).

Ook lijkt de sectorspecifieke regulering van de nutssectoren een mogelijkheid te bieden. In art. 3.76 Aw (art. 85 Richtlijn (EU) nr. 2014/25) is voor deze sectoren bepaald dat inschrijvingen mogen worden afgewezen wanneer meer dan 50% van de waarde van de opdracht betrekking heeft op goederen uit derde landen.⁵⁶ Alhoewel een dergelijke bepaling niet is opgenomen in de Richtlijn voor defensie- en veiligheid, noch in de AwDV, zou beargumenteerd kunnen worden dat het nemen van een dergelijke maatregel wel verenigbaar is met het doel van deze regulering. De handelspolitieke belangen om bij overheidsopdrachten op het gebied van defensie en veiligheid een voorkeursbehandeling te geven aan goederen met een Europese oorsprong zijn immers – ten minste – even groot⁵⁷ en de benodigde veiligheidswaarborgen zijn hier van nature groter.

4.4 Aanbestedingsprocedures in de AwDV: ruimere mogelijkheden voor het beperken van het aantal inschrijvers

In vergelijking met de reguliere Aanbestedingswet biedt de AwDV aanbesteders een ruimere beoordelingsmarge om

het aantal inschrijvers bij een aanbesteding te beperken. Deze ruimere beoordelingsmarge is zichtbaar bij de keuze voor de aanbestedingsprocedure en aan de eisen op basis waarvan deelname aan aanbesteding afhankelijk gesteld kan worden. Het gaat deze bijdrage te buiten om een volledig overzicht te geven van hoe de veiligheidsoverwegingen in de verschillende aanbestedingsprocedures meegewogen kunnen worden. In het licht van het doel van de Defensierichtlijn is het met name interessant te bezien in hoeverre bij de keuze voor de aanbestedingsprocedure en de voordelen die dit mogelijk brengt de AwDV een flexibeler rechtsinstrument is dan de reguliere Aanbestedingswet.

In tegenstelling tot de Aw kan bij toepassing van de AwDV zonder nadere motivering afgeweken worden van de openbare procedure. Sterker nog, de openbare procedure ontbreekt in het geheel als optie binnen de kaders van de AwDV. Als uitgangspunt stelt art. 2.18 AwDV dat de aanbestedende dienst gebruik maakt van de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met aankondiging. In het geval van 'bijzonder complexe' opdrachten kan op grond van art. 2.20 AwDV gebruik worden gemaakt van de concurrentiegerichte dialoog. Het verloop van deze procedures is grotendeels gelijk aan het verloop van procedures die op grond van de Aw plaatsvinden. Evengoed geldt op basis van art. 2.90 lid 2 AwDV dat het beperken van het aantal gegadigden die tot inschrijving worden uitgenodigd op grond van objectieve en niet-discriminerende criteria dient plaats te vinden. Er is wel een ruimer scala aan criteria die hiervoor gebruikt zouden kunnen worden, zoals de criteria aangaande gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid (zie par. 4.5 hieronder). In tegenstelling tot de Aw bedraagt het minimum aantal gegadigden die tot inschrijving uitgenodigd worden op grond van art. 2.91(2) AwDV drie in plaats van vijf, onder de voorwaarde dat het aantal uitgenodigde gegadigden een 'daadwerkelijke mededinging' waarborgt.

Ook zijn in de AwDV de mogelijkheden om de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen met twee mogelijkheden verruimd ten opzichte van de reguliere Aanbestedingswet. Deze aanbestedingsprocedure blijft echter ook in de AwDV een soort laatste redmiddel, nu het de minst competitieve procedure betreft. Het enige verschil met het uitzonderen van overheidsopdrachten op grond van een van de verdragsuitzonderingen is de verplichting tot transparantie achteraf door middel van het rechtvaardigen van het gebruik van deze procedure in de gunningsbeslissing.

Allereerst is er de mogelijkheid van art. 2.23 lid 1 onder d AwDV om deze procedure te gebruiken 'ingeval de termijnen, bedoeld in artikel 2.57, van de niet-openbare procedure of de onderhandelingsprocedure met aankondiging wegens de urgentie van een crisissituatie niet in acht kunnen worden genomen'. In tegenstelling tot de 'dwingende spoed'-grondslag voor gebruik van deze procedure (zoals in art. 2.32 lid 1 onder c Aw en art. 2.23 lid 1 onder c

54 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 18. De richtlijn noemt hier in dat verband specifiek dat lidstaten zich bij deze keuze er bewust van moeten zijn 'dat een mondiaal concurrerende technologische en industriële basis voor de Europese defensie nodig is'. De richtlijn kan zodoende ook als een vorm van Europees protectionisme worden gezien. De commissie is ook in bredere zin actief in het verstevigen van het Europese concurrentievermogen door middel van het reguleren van screening van directe investeringen uit derde landen, zie: Verordening (EU) nr. 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie en Mededeling van de Commissie (2020/C 99 I/01), Richtsnoeren voor de lidstaten betreffende buitenlandse directe investeringen en vrij verkeer van kapitaal uit derde landen en de bescherming van de strategische activa van Europa, in afwachting van de toepassing van Verordening (EU) nr. 2019/452 (Verordening screening BDI).

55 Zie het voorbeeld van 'Chinese spionage' via de douanescanners die geleverd werden door een in Nederland gevestigde dochteronderneming van een Chinees (staats)bedrijf (*supra* noot 5).

56 Voor deze sectoren gelden in beginsel wel de beperkingen van multilaterale en bilaterale verdragen die de EU gesloten heeft, zoals de *Government Procurement Agreement*. De bepaling is daardoor met name relevant voor producten uit landen waar de EU geen afspraken op het gebied van overheidsopdrachten heeft.

57 Dit blijkt ook uit een vergelijking van de Preambule van Richtlijn (EU) nr. 2014/25 nutssectoren en Richtlijn (EG) nr. 2009/81 Defensie- en Veiligheid. Laatstgenoemde is sterker gericht op de totstandbrenging van een Europese mondiaal concurrerende industrie dan eerstgenoemde.

AwDV) gelden niet de eisen dat de spoed door de aanbestedende dienst niet voorzien had kunnen worden en niet aan de aanbestedende dienst te wijten mag zijn. De EU-wetgever heeft verder echter geen ruime reikwijdte aan deze grondslag willen toekennen. Als streng vereiste geldt dat er daadwerkelijk sprake moet zijn van een crisis en deze bepaling dus niet preventief gebruikt mag worden.⁵⁸ Dit volgt ook uit het vereiste dat het gebruik van de procedure noodzakelijk is omdat wegens de ‘urgentie’ de termijnen van de andere procedures niet in acht kunnen worden genomen. De noodzaak mag daarom niet volgen uit andere redenen, zoals bijvoorbeeld een voorkeur voor een inschrijver die in het bijzonder betrouwbaar wordt geacht om spoedig te kunnen leveren.

Los van het bestaan van de ‘urgentie van een crisissituatie’ is er wel nog een specifieke grondslag toegevoegd in art. 2.27 AwDV voor opdrachten ‘in verband met de levering van vervoersdiensten in de lucht en ter zee voor de strijdkrachten of veiligheidsdiensten die in het buitenland zijn of zullen worden ingezet’. Dit gaat echter enkel om transportdiensten niet over de grond, waarvoor de aanbestedende dienst zich genoodzaakt ziet de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging te gebruiken omdat de inschrijvers de geldigheid van hun inschrijving maar voor zodanig korte periode kunnen garanderen dat de gewone termijnen van de aanbestedingsprocedures niet mogelijk zijn. In het geval dat dergelijke opdrachten vanwege operationele omstandigheden gegund moeten worden aan ondernemers in een derde land waar de strijdkrachten zich bevinden, zijn deze reeds in het geheel uitgezonderd van de wet op grond van art. 2.16 onder d AwDV.

4.5 Veiligheidseisen binnen de aanbestedingsprocedure: verplichting voor de inschrijver ook garantie voor de aanbestedende dienst?

De specifieke bepalingen omtrent gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid betreffen de belangrijkste wijzen waarop de EU-wetgever heeft gepoogd het mogelijk te maken de nationale veiligheid te waarborgen binnen de kaders van de interne markt, en daarmee te voorkomen dat lidstaten de verdragsuitzonderingen toepassen. De mate waarin de wetgever erin geslaagd is de daadwerkelijke veiligheidsbelangen van de lidstaten mee te laten wegen binnen de aanbestedingsprocedures is daardoor ook meteen van invloed op de effectiviteit van de Defensierichtlijn.

4.5.1 Gegevensbeveiliging

Bij de overheidsopdrachten die binnen de reikwijdte van de AwDV vallen zal veelal sprake zijn van gerubriceerde gegevens die extra beveiliging behoeven op grond van de nationale veiligheid.⁵⁹ In het licht daarvan kan een aanbestedende dienst op grond van art. 2.68 AwDV eisen stel-

len aan de inschrijvers om de beveiliging van deze gegevens te garanderen. De vraag zal echter wel telkens zijn of het stellen van deze eisen de veiligheidsrisico’s van het delen van geheime informatie voldoende verkleint. Op grond van art. 346 lid 1 onder a VWEU kan een lidstaat namelijk niet verplicht worden ‘inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid’. De EU-wetgever heeft dit nogmaals onderstreept door dit ook als specifieke uitzonderingsgrond op te nemen.⁶⁰ Dit is alleszins logisch, nu er geen EU-harmonisatie van wetgeving omtrent het rubriceren van gegevens is. De Richtlijn erkent – in die context – dat lidstaten mogen eisen dat inschrijvingen in overeenstemming zijn met de nationale wetgeving omtrent veiligheidsonderzoeken.⁶¹

Zodoende kunnen aanbestedende diensten verschillende eisen stellen aan inschrijvers omtrent gegevensbeveiliging, zoals het nemen van ‘passende maatregelen’ en het verschaffen van informatie over de onderaannemers die ingeschakeld zullen worden om vast te stellen dat ze over de bekwaamheid beschikken om de vertrouwelijkheid van gerubriceerde gegevens te beschermen. Daarnaast bepaalt art. 2.68 lid 3 AwDV dat de aanbestedende dienst een verklaring van een veiligheidsinstantie kan eisen. Alhoewel het mogelijk is ook een verklaring van een buitenlandse instantie te erkennen, wordt de mogelijkheid tot eigen onderzoek open gehouden. Door het ministerie van Defensie zullen doorgaans de Algemene Beveiligingseisen Defensieopdrachten 2019 (ABDO 2019) worden toegepast.

De eisen uit art. 2.68 AwDV maken het mogelijk voor aanbestedende diensten om veiligheidsonderzoeken uit te voeren om de betrouwbaarheid van inschrijvers door de AIVD of MIVD te laten vaststellen. Dit ziet echter voornamelijk op de betrouwbaarheid van de inschrijvers voorafgaande aan de gunning van de opdracht. In *Commissie tegen België* (2001) bepaalde het Hof dat de veiligheidseisen bij de betreffende fotografiediensten dusdanig verstrekend waren en doorgaande controles vereisten dat deze niet binnen een aanbestedingsprocedure konden worden gehandhaafd.⁶²

In *Commissie tegen Oostenrijk* (2018) beargumenteerde Oostenrijk dat de onderhandse gunning voor de productie van paspoorten gerechtvaardigd was op grond van art. 346 lid 1 onder a VWEU. Oostenrijk faalde in deze zaak aan te tonen dat onderhandse gunning aan een nationale onderneming strikt noodzakelijk was om effectief toezicht over de leverancier uit te oefenen. Volgens het Hof kunnen – in beginsel – ook buitenlandse ondernemingen gedwongen worden veiligheidsonderzoeken en inspecties te ondergaan.⁶³ Daarbij was de maatregel inconsistent omdat het

58 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 54.

59 Dit is immers het onderscheidende kenmerk van de ‘gevoelige opdrachten’, terwijl ook bij militair materieel vaak rubricering van gegevens zal plaatsvinden.

60 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, art. 13(a) en art. 2.16(a) AwDV.

61 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, art. 22.

62 HvJ EU (2001), zaak C-252/01 (Commissie tegen België), r.o. 32-34.

63 HvJ EU (2018), zaak C-187/16 (Commissie tegen Oostenrijk), r.o. 85.

Oostenrijkse paspoortbedrijf geprivatiseerd was zonder dat er beperkingen waren opgelegd aan buitenlands aandeelhouderschap of andersoortige veiligheidsbeperkingen.⁶⁴ Advocaat-Generaal Kokott benadrukte echter wel in haar conclusie dat afwijken van het EU-aanbestedingsrecht gerechtvaardigd kan zijn:

‘door het feit dat een lidstaat uit het oogpunt van veiligheid relevante informatie niet zonder meer wil meedelen aan buitenlandse of door buitenlanders gecontroleerde ondernemingen, met name wanneer het gaat om ondernemingen of personen uit derde landen. Ook kan het legitiem zijn dat een lidstaat ervoor waakt dat hij voor de voorziening met gevoelige goederen afhankelijk wordt van derde landen of ondernemingen uit derde landen.’⁶⁵

Alhoewel veiligheidsonderzoeken en inspecties ter waarborging van de gegevensbeveiliging dus zeker mogelijk zijn binnen de EU en de kaders van de AwDV, blijft de hoogste mate van veiligheid gegarandeerd wanneer de betreffende gegevens binnen de eigen organisatie dan wel eigen landsgrenzen blijven. Dit blijkt ook uit de gradaties van veiligheid binnen de Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten (ABDO) 2019, waar in het buitenland gevestigde ondernemers (maar wel binnen de EU) enkel aan de laagste gradatie kunnen voldoen.⁶⁶ De ABDO 2019 specificceert de algemene gradaties van rubricering zoals vastgesteld in het *Besluit Bijzondere informatie 2013*.⁶⁷ Het kan immers niet uitgesloten worden dat ondernemers die in andere lidstaten zijn gevestigd onder bepaalde omstandigheden gedwongen worden mee te werken aan de veiligheidsonderzoeken van de lidstaat van vestiging. Een aanbestedende dienst zal dit risico moeten wegen bij het plaatsen van een overheidsopdracht waarbij het gerubriceerde gegevens zal moeten delen.

4.5.2 Bevoorradingzekerheid

Absolute bevoorradingzekerheid is een onrealistische ambitie. Zelfs voor de staten met de grootste militair-industriële productiecapaciteiten kunnen ten tijde van militaire crisis leveringen bemoeilijkt worden door exportrestricties lager in de productieketen. Niettemin is industrieel beleid gericht op bevoorradingzekerheid in beginsel een legitiem middel om veiligheidsbelangen na te streven. In de jaren tachtig erkende het EU Hof van Justitie al in het *Campus Oil*-arrest (1984) dat de bescherming van bepaalde industrieën noodzakelijk kan zijn voor de openbare veiligheid.⁶⁸

Art. 2.69 AwDV bevat nog wel mogelijkheden om bij een aanbesteding eisen te stellen ter garantie van de bevoorradingzekerheid zonder noodzakelijkerwijs de eigen industrie te beschermen.

Hierbij dient echter meteen te worden opgemerkt dat dit enkel eisen betreft die gesteld kunnen worden aan de leverancier zelf. Er kunnen zodoende volgens art. 2.69(3) AwDV geen verklaringen geëist worden van de lidstaat waar de leverancier gevestigd is ‘die de vrijheid van die lidstaat zou inperken om in overeenstemming met de desbetreffende internationale of communautaire wetgeving zijn nationale vergunningscriteria voor uitvoer, overbrenging of doorvoer toe te passen.’ In 2009 werd er in dat verband door de EU-wetgever ook (in aanvulling op de Defensierichtlijn) een harmonisatierichtlijn vastgesteld die de overdracht van militaire goederen binnen de EU reguleert (de ‘Overdracht-richtlijn’). Deze richtlijn vergemakkelijkt de uitvoer, overbrenging en doorvoer van militaire goederen binnen de EU door lidstaten algemene overdrachtsvergunningen aan leveranciers van militaire goederen te laten verlenen.⁶⁹ Evenals bij de Defensierichtlijn is afwijking echter nog steeds mogelijk op grond van art. 346 VWEU. Ook wordt erkend dat de lidstaten hun beslissingsvrijheid ten aanzien van exportbeleid behouden.⁷⁰

Op grond van art. 2.69 AwDV is het voorts mogelijk om te eisen dat een inschrijver over een dergelijke algemene overdrachtsvergunning beschikt of in de toekomst zal kunnen beschikken⁷¹ (lid 2a), kan aantonen dat de organisatie en locatie van de bevoorradingketen de inschrijver in staat stellen aan de verplichtingen te voldoen (lid 2c) en in staat is capaciteit te realiseren of te handhaven die vereist is om eventuele aanvullende behoeften als gevolg van een crisissituatie op te vangen (lid 2d). Tevens is het mogelijk vooraf te eisen dat de inschrijver inzichtelijk maakt welke beperkingen er voor de aanbestedende dienst gelden ten aanzien van openbaarmaking, overdracht of gebruik van de producten en diensten (lid 2b).⁷²

4.6 Uitsluiten van ‘onbetrouwbare’ ondernemers

Alhoewel het merendeel van de uitsluitingsgronden die zijn opgenomen in art. 2.76-2.77 AwDV en art. 39 Defensierichtlijn overeenkomen met die in de reguliere Aanbestedingswet, heeft de EU-wetgever de mogelijkheden tot uitsluiting voor defensie- en veiligheidsoverdrachten aanzienlijk verruimd. Deze verruiming is te vinden in art. 2.77 lid 1

64 *Ibid*, r.o. 71.

65 Conclusie A-G Kokott in zaak C-187/16 (*Commissie tegen Oostenrijk*) (2017), r.o. 70.

66 Ministerie van Defensie, *Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten 2019*, versie 1.1 (februari 2020), p. 12. Enkel voor het laagste niveau van rubricering (*Te Beschermen Belang 4 – Departementaal vertrouwelijk*), waarbij geen staatsgeheime informatie wordt gedeeld, heeft de gecertificeerde ondernemer geen Nederlands rechtspersoon te zijn en mogen niet slechts medewerkers met de Nederlandse nationaliteit in *vertrouwensfuncties* geplaatst worden.

67 *Supra* noot 48.

68 HvJ EU (1984), zaak 72/83, (*Campus Oil*), r.o. 31-36.

69 Art. 5 Richtlijn (EG) nr. 2009/43.

70 Art. 1 lid 3 Richtlijn (EG) nr. 2009/43.

71 In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat het vereisen van vergunningen op voorhand niet proportioneel zou zijn, omdat immers nog niet zeker is wie de opdracht gegund zou krijgen. Toch zullen inschrijvers in de selectie- en gunningsfase mogelijk voordeel hebben wanneer ze reeds over bepaalde vergunningen beschikken. Zie: Memorie van Toelichting: *Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG*, p. 43 (*supra* noot 48).

72 *Ibid*, p. 43. In de Memorie van Toelichting wordt hierbij de *International Traffic in Arms Regulations* van de Verenigde Staten genoemd. Indien deze regelgeving van toepassing is op een onderneming, dan zouden daaruit dergelijke beperkingen kunnen voortvloeien.

onder f AwDV, die bepaalt dat een inschrijver of gegadigde kan worden uitgesloten wanneer 'is vastgesteld dat hij niet over de betrouwbaarheid beschikt die nodig is om risico's voor de nationale veiligheid uit te sluiten.' Uit de Richtlijn blijkt tevens dat deze vaststelling kan plaatsvinden 'op basis van welk bewijsmiddel dan ook, inclusief beschermde gegevensbronnen.'⁷³ Daarnaast blijkt uit de preambule van de Richtlijn dat indien aanbestedende diensten dergelijke informatie zouden hebben, zij in welke fase dan ook van het aanbestedingsproces tot uitsluiting kunnen besluiten.⁷⁴ Volgens de preambule kunnen dergelijke veiligheidsrisico's in het bijzonder het gevolg zijn van 'bepaalde kenmerken van de producten die door de gegadigde worden geleverd of van de aandeelhoudersstructuur van de gegadigde.'⁷⁵

Zelfs als een inschrijver heeft aangetoond zijn zaken op orde te hebben, kan de aanbestedende dienst een extra betrouwbaarheidsonderzoek laten uitvoeren

Deze uitsluitingsgrond resulteert in een ongeëvenaarde beslissingsruimte voor aanbestedende diensten en prangende vragen over rechtsbescherming. Zelfs nadat een inschrijver heeft aangetoond dat deze voldoet aan de (mogelijk strenge) eisen omtrent gegevensbeveiliging en bevoorradingszekerheid, kan de aanbestedende dienst alsnog een extra onderzoek naar de betrouwbaarheid laten uitvoeren door een inlichtingendienst. Uit de wetgeving blijkt voorts niet in hoeverre de uitsluiting vervolgens verder gemotiveerd moet worden dan enkel de constatering dat de inschrijver niet betrouwbaar is volgens een inlichtingendienst. Er bestaat in elk geval geen verplichting om de uitsluiting te baseren op bronnen die (in het geheel) met de betrokkene gedeeld dienen te worden, nu de Richtlijn ook 'beschermde gegevensbronnen' als basis voor uitsluiting noemt. De enige waarborg om misbruik – in de vorm van willekeur of discriminatie op grond van nationaliteit – van deze bepaling te voorkomen, kan wellicht voortvloeien uit het beginsel van gelijke behandeling.⁷⁶ Op grond van dit beginsel kan een uitgesloten inschrijver bij de rechter eventueel beargumenteren dat toepassing van deze uitsluitingsgrond vergt dat de betrouwbaarheid van alle inschrijvers op soortgelijke wijze wordt onderzocht.

4.7 Functionaliteit van de regulering?

In het licht van het voorgaande dient geconcludeerd te worden dat de AwDV slechts in beperkte mate geschikt is het doel dat deze voor ogen heeft te verwezenlijken en dus in functionaliteit tekortschiet.

Dit komt allereerst door de beperkte reikwijdte van de regulering. Grote industriële projecten waaraan meerdere EU-lidstaten en/of derde landen zoals de VS en het VK deelnemen, zijn uitgesloten van de werking van de regulering. Deze projecten zullen doorgaans ook niet georganiseerd worden op grond van de *economische* logica van vrijhandel, gelijke behandeling van inschrijvers en mededinging, maar op grond van de *politieke* logica⁷⁷ van participatiebeleid en *compensatieorders*. In meer concrete zin leidt deze logica tot een verdeling van contracten over de deelnemende staten op grond van politieke en budgettaire invloed.

Ten tweede vloeit de beperking voort uit de beperkte mate waarin veiligheidsbelangen kunnen worden gewaarborgd binnen de kaders van de wetgeving. In algemene termen zijn er drie dimensies van nationale veiligheid, waarvan enkel de eerste effectief gewaarborgd kan worden binnen de kaders van de wetgeving.

Deze eerste dimensie betreft het vermogen en de toewijding van ondernemers om de specifieke veiligheidsbelangen bij een overheidsopdracht te garanderen. De AwDV biedt tal van verstrekkende mogelijkheden om eisen te stellen aan de capaciteiten (vermogen) en de betrouwbaarheid (toewijding) van een inschrijver. In het bijzonder kunnen onbetrouwbare ondernemers te allen tijde worden uitgesloten op grond van bewijs hiervoor. Deze onbetrouwbaarheid kan bijvoorbeeld een gevolg zijn van de aandeelhoudersstructuur van de ondernemer. Niettemin gelden de randvoorwaarden van non-discriminatie en gelijke behandeling die inherent zijn aan het systeem van de interne markt van de EU. Dit brengt met zich dat een inschrijver met een grootaandeelhouder uit China of Rusland mogelijk kan worden uitgesloten, maar dat bij een aandeelhoudersstructuur die zich binnen de EU bevindt dit niet mogelijk is. Wanneer dit nog steeds de betrouwbaarheid zou aantasten⁷⁸ dan is uitzondering van het internemarktregime alsnog nodig op grond van art. 346 VWEU (over uitzonderingsgronden zie par. 6 hieronder). Hierbij zal echter rekening gehouden moeten worden met de proportionaliteitseisen die het EU Hof van Justitie hiervoor heeft geformuleerd in het *Commissie tegen Oostenrijk*-arrest (2018). In het bijzonder bepaalde het Hof dat het argument van buitenlandse aandeelhouders geen stand houdt wanneer bij de gekozen nationale ondernemer er geen beperkingen op het vergeven van aandelen zijn gelegd.⁷⁹

73 Art. 39 lid 2 onder e Richtlijn (EG) nr. 2009/81.

74 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 67.

75 Richtlijn (EG) nr. 2009/81, Preambule 65.

76 Voor het risico op willekeur, zie ook: M. Trybus, *Buying Defence and Security in Europe*, Cambridge University Press 2014, p. 387.

77 Zie Meershoek 2021 (*supra* noot 10). Deze logica heeft zowel een militaire als een politiek-economische (protectionistische) component. Uit de aard van de Europese integratie volgt echter dat een benadering gericht op de militaire component altijd een meer legitieme en rechtmatige is dan een benadering waarbij de nadruk op de politiek-economische component zou liggen.

78 De onbetrouwbaarheid in dit verband volgt met name uit de mogelijke verplichtingen om informatie te delen met de overheid van de staat waar dit bedrijf, dan wel de aandeelhouders, gevestigd zijn.

79 HvJ EU (2018), zaak C-187/16 (*Commissie tegen Oostenrijk*), r.o. 71.

De tweede dimensie van nationale veiligheid betreft de bevoorradingszekerheid ten tijde van crisis. Dit heeft niet zozeer te maken met de capaciteiten en betrouwbaarheid van de ondernemer, maar met die van de lidstaat waar deze is gevestigd. Onder normale omstandigheden bestaat er tussen de EU-lidstaten een hoge mate van *wederzijds vertrouwen* en geldt dat ‘algemene overdrachtsvergunningen’ op grond van de Overdrachtsrichtlijn de betrouwbaarheid van een ondernemer kunnen aantonen. Het is echter de Defensierichtlijn zelf die erkent dat dit de leveringszekerheid niet onder alle omstandigheden kan garanderen. Inschrijvers kunnen immers niet worden verplicht:

‘om van een lidstaat een verbintenis te verkrijgen die de vrijheid van die lidstaat zou inperken om in overeenstemming met de desbetreffende internationale of communautaire wetgeving zijn nationale licentiecriteriën voor uitvoer, overbrenging of doorvoer toe te passen in de omstandigheden die op het moment van het licentiebesluit gelden.’⁸⁰

Dit blijkt ook uit de Overdrachtsrichtlijn, nu deze evenals de Defensierichtlijn onderworpen is aan art. 36 en art. 346 VWEU. Het valt dus niet uit te sluiten dat ten tijde van (militaire) crisis er uitvoerrestricties worden opgelegd door lidstaten voor overdracht binnen de EU.⁸¹ Bij het uitbreken van een militaire crisis zullen de lidstaten allereerst hun eigen krijgsmachten van materieel willen voorzien. Ook kan men denken aan overheidsopdrachten voor logistieke dienstverlening met een militair doeleinde, waarbij grensoverschrijdende inzetbaarheid bemoeilijkt wordt door conflicterende nationale verplichtingen.⁸²

In de derde dimensie heeft de economische logica in het geheel plaatsgemaakt voor de militaire logica van effectieve beschikking over militaire capaciteiten. Naast de mogelijkheden tot het rekruteren van troepen en geografische factoren – oftewel de *militair-operationele* capaciteiten – is militaire macht afhankelijk van *militair-industriële* capaciteiten.⁸³ Hoewel globalisering en nuclearisering grote invloed hebben gehad op de ontwikkeling van defensie-industrieën, bepalen staten nog steeds zelf met welke andere staten zij militaire goederen en technologische kennis delen.⁸⁴ Logischerwijs hebben ook de EU-lidstaten daardoor, ondanks de totstandkoming van de Defensierichtlijn, elk nog een eigen industrieel beleid dat gericht is

op het behouden van bepaalde industrieën in eigen land.⁸⁵ In lijn met het soevereiniteitsbegrip van art. 4 lid 2 VEU gaat dit om de industrieën die als onmisbaar worden gezien ten behoeve van de ‘essentiële staatsfuncties’.

Kortom: ondanks de totstandkoming van de Defensierichtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan spelen nationale belangen van veiligheid nog steeds een doorslaggevende rol in de keuzes van aanbestedende diensten bij militaire en gevoelige opdrachten. Voor de situaties waarin de kaders van de wetgeving deze veiligheidsbelangen onvoldoende waarborgen, zullen de uitzonderingsbepalingen in de EU-verdragen een belangrijke rol blijven spelen.⁸⁶

5. Slotbeschouwing

Liberalisering van handel tussen staten is van nature begrensd door de staatssoevereiniteit en nationale veiligheid. Zo ook in het EU-aanbestedingsrecht. De vaststelling van de Defensierichtlijn door de EU-wetgever en de implementatie daarvan in Nederland roepen nog altijd veel juridische vragen op over hoe het ministerie van Defensie en andere veiligheidsorganisaties zich dienen te verhouden tot marktpartijen; oftewel de vraag welke regels er gelden voor overheidsopdrachten die in dat verband gegund worden. In deze bijdrage heb ik getracht de belangrijkste juridische en niet-juridische factoren die doorslaggevend zijn voor een consistente beantwoording van dergelijke vragen op overzichtelijke wijze in kaart te brengen. In het bijzonder heb ik willen aantonen dat zinnige beschouwingen van de materie niet los kunnen worden gezien van het bredere soevereiniteitsvraagstuk dat na meer dan zestig jaar interne markt nog altijd even relevant is in Europa.

Dit is echter slechts één aspect van de problematiek van de Defensierichtlijn. De grotere vraag die beklijft is of de wetgever het meest passende middel⁸⁷ voor de verwezen-

80 Art. 23 Richtlijn (EG) nr. 2009/81.

81 Zie voor deze observatie ook: B. Heuninckx, ‘346, the number of the beast? A blueprint for the protection of essential security interests in EU defence procurement’, *Public Procurement Law Review* 2018, p. 63.

82 Zie: Manunza, Meershoek & Senden 2020 (*supra* noot 1).

83 Zie: Meershoek 2021 (*supra* noot 10).

84 Ook binnen de EU mogen de lidstaten nog hun eigen exportbeleid ten aanzien van derde landen voeren. Het Raadsbesluit waarin afspraken zijn gemaakt over de export van militaire goederen bevat slechts algemene richtlijnen. Naar welke staten er daadwerkelijk wel of niet geëxporteerd wordt blijft aan de lidstaten zelf. Zie: Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GVDB van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie.

85 Zie bijv. recentelijk het beleid van Nederland en Duitsland aangaande het behouden van bepaalde industrieën: Ministerie van Defensie en Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, *Nota: Defensie Industrie Strategie*, november 2018. En voor Duitsland: *Die Bundesregierung, Strategiepapier der Bundesregierung zur Stärkung der Sicherheits- und Verteidigungsindustrie*, februari 2020.

86 De proportionaliteit van het toepassen van een uitzonderingsgrond hangt in een specifiek geval immers af van de vraag of ‘minder vergaande beperkingen’ niet mogelijk waren, oftewel of de veiligheidsbelangen niet binnen de kaders van de AwDV of dan wel niet ‘in het kader van een oproep tot mededinging [...] hadden kunnen worden beschermd’ (indien er in het geheel geen competitieve procedure heeft plaatsgevonden), zie: HvJ EU (2009), zaak C-337/05 (*Commissie tegen Italië*), r.o. 53; HvJ EU (2014), zaak C-615/10 (*Insinööri*), r.o. 45; HvJ EU (2018), zaak C-187/16 (*Commissie tegen Oostenrijk*), r.o. 79-80. In een eerder arrest waar de betrokkenheid van NAVO-installaties een uitzonderlijk grondige screening van de dienstverlener vergden, stelde het Hof deze eis echter niet, hetgeen verklaard zou kunnen worden door de afwezigheid van speciale regulering voor defensie- en veiligheidsopdrachten op dat moment of vanwege de specifieke juridische verplichtingen die België had om de veiligheidsbelangen van de NAVO te waarborgen. Zie: HvJ EU (2003), zaak C-252/01 (*Commissie tegen België*), r.o. 30-38.

87 Dit is een verplichting die mede voortvloeit uit art. 3 lid 6 VEU.

lijking van de militaire doelstelling heeft gekozen toen bepaald werd deze materie – voor zover deze militair van aard is – binnen de kaders van de interne markt te reguleren op grond van art. 114 VWEU. De constitutionele structuren van het gemeenschappelijk defensiebeleid voorzien immers op grond van art. 45 VEU in een agentschap met onder andere als taak om ‘onderling verenigbare aankoopmethoden’ te bevorderen en om ‘bij te dragen aan het bepalen en in voorkomend geval uitvoeren van alle nuttige maatregelen om de industriële en technologische basis van de defensiesector te versterken en de doelmatigheid van de militaire uitgaven te verbeteren.’

Nu dit laatste precies het doel is van de Defensierichtlijn, en als zodanig veel meer specifiek⁸⁸ dan ‘de instelling en werking van de interne markt’ zoals in art. 114 VWEU, lijkt de initiatiefnemer (de Commissie) met name gekozen te hebben voor art. 114 VWEU vanwege haar eigen ruime bevoegdheid op dat terrein.⁸⁹ Die bevoegdheid is echter evengoed begrensd door de soevereiniteit van de lidstaten op het gebied van openbare orde en nationale veiligheid.

Staatssoevereiniteit vormt, in andere woorden, een natuurlijk obstakel voor de potentiële effectiviteit van deze *supra-nationale* richtlijn.

De juridische vragen over wanneer de AwDV van toepassing is en hoe deze toegepast dient te worden zullen de aanbestedingspraktijk blijven domineren. Om de militaire doelstelling van de Defensierichtlijn te kunnen verwezenlijken zal echter ook kritisch onderzoek moeten worden of het *intergouvernementele* kader van het gemeenschappelijke defensiebeleid daar niet een betere basis voor was geweest.⁹⁰

Dit artikel is afgesloten op 20 mei 2021.

Over de auteur

Mr. N.A. (Nathan) Meershoek

Promovendus aan de Universiteit Utrecht bij het Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP) en het Utrechtse Centrum voor Regulering en Handhaving in Europa (RENFORCE).

88 Zie over toepassing van het *lex specialis*-beginsel bij de keuze voor de juiste rechtsgrondslag: A. Engel, *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union: Competence Overlaps, Institutional Preferences, and Legal Basis Litigation*, Cardiff: Springer 2018, p. 19.

89 Voor het proces dat tot deze keuze heeft geleid, zie bijv.: M. Blauburger & M. Weiss, “If you can’t beat me, join me!” How the Commission pushed and pulled member states into legislating defence procurement’, *Journal of European Public Policy* 2013, p. 1120-1138.

90 Dit is één van de centrale onderzoeksvragen in het proefschrift van de auteur, dat rond 2023 zal worden verdedigd.