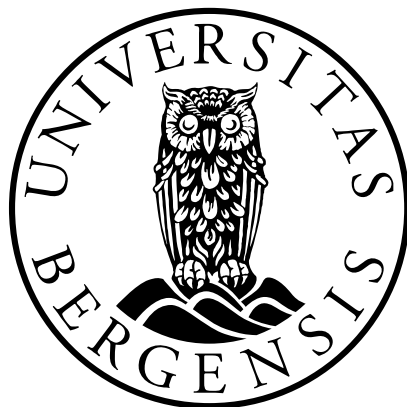


# **EØS-avtalen artikkel 123**

## *En trussel mot EØS-avtalens formål innen forsvarssektoren?*

Kandidatnummer: 199544

Antall ord: 14799



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2014

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1. Innledning .....	3
1.1 Oppgavens tema .....	3
1.2 Avgrensning og presisering .....	5
1.2.1 EØS-avtalen .....	5
1.2.2 Aktuelle rettskilder og tolkningsprinsipper .....	6
1.2.3 Forsvarets anskaffelser .....	9
2. EØS-avtalen artikkel 123 .....	11
2.1 Generelle hovedtrekk .....	11
2.1.1 Rekkevidden av artikkel 123 .....	13
2.1.1.1 Proporsjonalitetsprinsippet .....	14
2.2 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a .....	18
2.2.1 Hindre spredning av sensitive opplysninger .....	18
2.2.2 Vesentlige sikkerhetsinteresser .....	19
2.3 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b .....	21
2.3.1 Innledningsvis om bestemmelsen .....	21
2.3.2 Forskning, utvikling eller produksjon .....	21
2.3.3 Våpen, ammunisjon og krigsmateriell .....	23
2.3.3.1 1958-listen .....	24
2.3.4 Andre varer .....	26
2.3.5 Uunnværlig for forsvarsformål .....	27
2.3.5.1 Dual-use varer .....	27
2.3.5.1.1 Dual-use anskaffelser etter artikkel 123 bokstav a .....	30
2.3.6 Endring av konkurransevilkår .....	30
2.4. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c .....	32
3. Rettsvirkningen av at artikkel 123 kommer til anvendelse .....	36
3.1. Tiltak .....	36
3.2 Betydningen av artikkel 123 for anvendelsen av anskaffelsesregelverket .....	36
3.2.1 Øvrig lovgivning .....	36

3.2.2 Anskaffelsesregelverket for Forsvaret .....	37
3.3 Sammensatte kontrakter .....	38
4. Innsnevring av rekkevidden til artikkel 123 .....	41
4.1 Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser .....	41
4.1.1 Konkurransesprosedyrer .....	42
4.1.2 Informasjonssikkerhet .....	44
4.1.3 Forsyningsikkerhet .....	46
4.1.4 Gjenkjøp .....	51
4.1.4.1 Vilkår for bruk av gjenkjøpsavtaler .....	52
4.1.4.2 Forbud mot gjenkjøpsavtaler .....	53
5. Avsluttende refleksjoner .....	54
Litteraturliste .....	57

# 1. Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Den norske forsvarsindustrien opplever i stor grad handelshindringer og nasjonal proteksjonisme i møte med det europeiske forsvarsmarkedet.<sup>1</sup> Dette er en generell tendens i Europa, og medfører en fragmentert, ineffektivt og kostnadskrevende forsvarsindustri.<sup>2</sup>

EØS-avtalen har innenfor øvrige handelsområder bidratt til at Norge både kan eksportere og importere varer og tjenester uten handelshindringer.<sup>3</sup> Årsaken til at et tilsvarende handelssamarbeid ikke har blitt realisert innenfor forsvarssektoren, skyldes både politiske, historiske og rettslige forhold.<sup>4</sup>

En hovedårsak kan være at ivaretagelsen av forsvars- og sikkerhetsinteresser fremdeles blir ansett som et nasjonalt anliggende<sup>5</sup>, og at åpenhet rundt forsvarsspesifikke anskaffelser «vil kunne være skadelig ut fra viktige forsvars- eller sikkerhets hensyn»<sup>6</sup>. At det er medlemslandenes ansvar å ivareta egne forsvarsinteresser er erkjent i EØS-avtalen artikkel 123<sup>7</sup> og artikkel 346 i den konsoliderte utgaven av traktaten om Den europeiske unions virkemåte<sup>8</sup> (TEUV<sup>9</sup>) (tidligere artikkel 296 TEF)<sup>10</sup>. Bestemmelsene åpner for at

---

<sup>1</sup> Meld.St. 49 (2012-2013) s. 30.

<sup>2</sup> Green Paper, COM(2004) 608 final s. 3-4.

<sup>3</sup> Se blant annet Meld.St.5 (2012-2013), s. 6-7.

<sup>4</sup> Martin Trybus, *European Defence Procurement Law*, Berkshire 1999, s. 7.

<sup>5</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse, COM(2006) 779 final, s. 4.

<sup>6</sup> NOU 1997: 21, s. 159.

<sup>7</sup> EØS-avtalen er å finne i lov 27.november 1992 nr. 109 om Det Europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

<sup>8</sup> Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, nr. C 326/50, 26.10.2012.

<sup>9</sup> Traktaten forkortes med TFEU i EU, men oppgaven bruker Utenriksdepartementets oversettelse, TEUV.

<sup>10</sup> Siden artikkel 346 TEUV viderefører artikkel 296 TEF, vil rettskilder som behandler artikkel 296 også gjelde for artikkel 346.

medlemslandene kan gjøre unntak fra EØS-avtalen med tilhørende regelverk hvor sikkerhetsinteresser begrunner et slikt unntak.

Artikkel 346/123 har nærmest blitt brukt automatisk ved forsvarsanskaffelser i Europa, med den konsekvens at anskaffelsesregelverket ikke har blitt fulgt.<sup>11</sup> En medvirkende årsak er at det ikke har eksistert et eget spesialtilpasset anskaffelsesregelverk for Forsvaret.<sup>12</sup> Ved Forsvarets anskaffelser må særskilte hensyn ivaretas siden forsvarsanskaffelser ofte er av strategisk natur. Det er bare én kunde per nasjon<sup>13</sup>, og i tillegg er anskaffelsene ofte sensitive og vil kunne påvirkes av politiske og militære omstendigheter<sup>14</sup>.

Ønsket om å endre denne fragmenterte rettsstilstanden resulterte i at Kommisjonen sendte *Green Paper [on] Defence Procurement* på høring i 2004. I høringen ble medlemslandene bedt om å komme med innspill på hvordan et felles handelssamarbeid innenfor den europeiske forsvarsindustrien kunne etableres.

Resultatet ble en rekke tiltak for å forbedre samarbeidet innen forsvarssektoren i Europa. Kommisjonen publiserte blant annet en tolkningsuttalelse<sup>15</sup> til artikkel 346<sup>16</sup>, og som var ment å klargjøre rekkevidden av unntaksbestemmelsen.<sup>17</sup>

Et ytterligere tiltak var innføringen av et nytt forsvarsdirektiv, dir. 2009/81/EF. Formålet med forsvarsdirektivet er å etablere et spesialtilpasset anskaffelsesregelverk for Forsvaret<sup>18</sup>, slik at det ikke lengre skal være nødvendig å anvende artikkel 123 i like stor grad som tidligere.

---

<sup>11</sup> Green Paper, s. 6. Rapport Kommisjonen, COM(2005) 626 final, s. 4.

<sup>12</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 2.

<sup>13</sup> Green paper, s. 4.

<sup>14</sup> Rapport, Kommisjonen (2005) s. 2-3.

<sup>15</sup> COM(2006) 779 final. Hetter Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006).

<sup>16</sup> Daværende artikkel 296 TEF.

<sup>17</sup> Green paper, s. 9.

<sup>18</sup> Forsvarsdirektivet, fortalet punkt 4. Green Paper, s. 9.

Forsvarsdirektivet ble gjennomført i Norge i forskrift 1.januar 2014 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA).

Det kan også nevnes at det i 2004 ble opprettet et eget *European Defence Agency* (EDA)<sup>19</sup>, som har til formål å etablere et felles forsvarsmarked mellom medlemslandene ved å styrke samarbeidet innen ulike forsvarsspesifikke områder<sup>20</sup>.

Spørsmålet som oppgaven vil belyse, er om trusselen som artikkel 123 utgjør mot EØS-avtalens formål innenfor Europas forsvarsindustri reduseres ved innføringen av FOSA.

I oppgavens del 1 vil det gis en nærmere redegjørelse for EØS-avtalens formål, og hva som kjennetegner EØS-lovgivningen. I tillegg vil det gis en overordnet redegjørelse av det alminnelige anskaffelsesregelverket, slik at FOSA kan plasseres i en større rettslig sammenheng.

I del 2 av oppgaven vil artikkel 123 behandles mer konkret, før del 3 av oppgaven vil ta for seg rettsvirkningen av at bestemmelsen anvendes. I del 4 av oppgaven vil de rettslige nyvinningene i FOSA behandles nærmere, før det til slutt i oppgavens del 5 vil gis en oppsummering av dagens rettstilstand på området.

## 1.2 Avgrensning og presisering

### 1.2.1 EØS-avtalen

Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) ble etablert for å gi EFTA-landene<sup>21</sup> som ratifiserte avtalen adgang til EFs indre marked<sup>22</sup> (i dag EUs indre marked). Avtalen ble

---

<sup>19</sup> Rådets handlingsplan, 2004/551/CFSP.

<sup>20</sup> Rådets handlingsplan (2004), fortalet punkt 3.

<sup>21</sup> EFTA er en forkortelse for The European Free Trade Association, som ble inngått 4.januar 1960.

<sup>22</sup> Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2.utgave, Oslo 2004, s. 21

inngått i 1994, og omfatter alle EU-landene samt EFTA-landene Island, Liechtenstein og Norge.<sup>23</sup>

Formålet med EØS-avtalen er å styrke «handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene» ved at det etableres «like konkurransevilkår», og et felles regelverk som skal bidra til et «ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde», jf. EØS-avtalen artikkel 1 (1). Siden EØS-avtalen ikke avgrenser mot forsvarsanskaffelser er det klart at EØS-avtalens formål er ment å oppnås innenfor forsvarssektoren.

Siden EØS-avtalen er en folkerettslig avtale vil borgere og foretak først få rettigheter etter avtalen når EØS-lovgivningen gjennomføres i norsk rett.<sup>24</sup> Imidlertid skal bestemmelser i EØS-avtalens «hoveddel [...] gjelde som norsk lov», jf. EØS-loven § 1. Siden artikkel 123 er plassert i avtalens hoveddel, vil bestemmelsen dermed gjelde direkte som norsk rett.

## 1.2.2 Aktuelle rettskilder og tolkningsprinsipper

EØS-avtalens formål om «like konkurransevilkår», vil ikke kunne oppnås uten en felles praktisering av EU/EØS-rettens bestemmelser. Dette innebærer at Norge er forpliktet til å «treffe alle generelle eller særlig tiltak som er egnet til å oppfylle» EØS-avtalens bestemmelser, jf. EØS-avtalen artikkel 3. EU-rettens tolkningsprinsipper må derfor i størst mulig grad legges til grunn ved tolkningen av EØS-rettens bestemmelser.<sup>25</sup>

Målsettingen om rettsenhet innenfor EU/EØS, blir ofte betegnet som homogenitetsmålsettingen.<sup>26</sup> For å oppnå denne målsettingen, vil EU-domstolens avgjørelser

---

<sup>23</sup> EØS-avtalens fortale. Sejersted m.fl. s. 21.

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) s. 1-2.

<sup>25</sup> Finn Arnesen m.fl., *Internasjonalisering og juridisk metode*, Oslo 2009, s. 23.

<sup>26</sup> Arnesen mfl. s. 21. Sejersted m.fl. s. 202.

<sup>27</sup> Sejersted m.fl. s. 231.

være en sentral rettskilde ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser.<sup>27</sup> Dette fordi EU-domstolens avgjørelser er rettslig bindende for institusjonene i EU og medlemslandene.<sup>28</sup> Lovgiver har også uttalt at «tolkning av artikkel 123 i stor grad vil bygge på de vurderinger som gjøres av EF-domstolen i forhold til artikkel 296»<sup>29</sup>, hvilket også er naturlig tatt i betraktning av de begrensede norske rettskildene på området.

Artikkel 346/123 er bare en av flere unntaksbestemmelser i EU/EØS-retten.<sup>30</sup> EU-domstolen har lagt til grunn at unntaksbestemmelsene må tolkes snevert, og bare vil komme til anvendelse i klare unntakstilfeller.<sup>31</sup> Siden artikkel 346/123 er en del av EU/EØS-rettens unntaksbestemmelser, vil rettspraksis som omhandler hvordan unntaksbestemmelsene generelt skal tolkes få betydning for forståelsen av artikkel 346/123.

Som nevnt har Kommisjonen kommet med en tolkningsuttalelse til artikkel 346. I tillegg har Kommisjonen kommet med syv veiledere til forsvarsdirektivet. Kommisjonen er et kollegialt organ<sup>32</sup>, som blant annet skal ta initiativ til ny lovgivning, og kontrollere at bestemmelsene i traktaten blir gjennomført og håndhevet på en lojal måte.<sup>33</sup> Siden Kommisjonen ikke har lovgivende kompetanse, vil ikke tolknings- og veiledningsnotatene være rettslig bindende.<sup>34</sup> Tatt i betraktning at uttalelsene er klargjørende<sup>35</sup>, samt manglende rettspraksis på området, må veiledningsnotatene likevel tillegges vekt siden notatene gir føringer for medlemslandenes praksis frem til det foreligger mer tungtveiende rettskilder.

---

<sup>28</sup> Artikkel 19 (3) TEUV. Se også Frank Fridjof Gundersen, *EU etter Lisboa-traktaten*, Oslo 2010, s. 115. Merk at det er EFTA-domstolen som har dømmende kompetanse i henhold til EØS-avtalen, jf. avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) del IV. Avtalen er et tillegg til EØS-loven.

<sup>29</sup> St.meld. nr. 38 (2006-2007) s. 15.

<sup>30</sup> Artikkel 346/123 er EU/EØS-rettens mest omfattende unntaksbestemmelser, siden bestemmelsene kan påberopes innenfor alle rettsområder, jf. Kommisjonens veileder, *field of application*, s. 1.

<sup>31</sup> Se bl.a. C-222/84 (Johnston), avsnitt 16.

<sup>32</sup> Sejersted m.fl. s. 125.

<sup>33</sup> *ibid.* s. 127.

<sup>34</sup> Se blant annet Kommisjonens uttalelser om egen kompetanse i Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006) s. 3.

<sup>35</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006) s. 3.



Direktivenes fortale vil også være tungtveiende ved forståelsen av artikkel 346 siden fortalen gir uttrykk for formålet bak lovgivningen<sup>36</sup>, og langt på vei fyller rollen til forarbeider i norsk rett<sup>37</sup>.

Dersom det foreligger ulike formuleringer mellom bestemmelsene i EU- og EØS-retten vil presumpsjonsprinsippet kunne bidra til at homogenitetsmålsettingen oppnås. Prinsippet er blant annet slått fast av Høyesterett i Rt.2000. s. 1811 (Finanger I), og innebærer at norsk rett *«forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser»*.<sup>38</sup> Imidlertid vil presumpsjonsprinsippet bare gjelde så langt det faktisk er mulig å tolke bestemmelsen i samsvar med folkeretten, og norsk lov vil ikke kunne bortfortolkes ved motstrid.<sup>39</sup> Dette har sammenheng med at det er EØS-avtalen artikkel 123 som er vedtatt som norsk lov, og artikkel 346 TEUV kan ikke få forrang ved manglende samsvar mellom bestemmelsene.<sup>40</sup>

Ved oppgavens behandling av anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF), under punkt 3.2.2, vil Forsvarsdepartementets (FD) kommentarer<sup>41</sup> til ARF være en sentral rettskilde.<sup>42</sup> Dette fordi kommentarene gir uttrykk for hva Forsvarsdepartementet har ment ved utformingen av instruks. Vedlagt FDs kommentarer, er det et brev fra Forsvarsdepartementet<sup>43</sup> som redegjør for Forsvarsdepartementets syn på EØS-avtalen artikkel 123. Brevet er ikke en tungtveiende rettskilde da det ikke gir uttrykk for lovgivervilje, men vil likevel være veiledende ettersom brevet gir uttrykk for hvordan det innad i Forsvaret er ønskelig at artikkel 123 anvendes.

---

<sup>36</sup> Formålsbetraktninger er sentrale ved tolkningen av EU-rettens bestemmelser, jf. Arnesen m.fl. s. 22.

<sup>37</sup> Sejersted m.fl. s. 51.

<sup>38</sup> Rt.2000. s.1811 (s. 1831).

<sup>39</sup> Arnesen m.fl. s. 59-60.

<sup>40</sup> Arnesen m.fl. s. 59-60.

<sup>41</sup> Forsvarsdepartementet, Anskaffelsesregelverk for Forsvarssektoren, 14.mars 2008.

<sup>42</sup> ARF fremgår av Forsvarsdepartementets reviderte instruks 25.oktober 2013, nr. 1411 om anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren.

<sup>43</sup> Brev fra FD, ref.nr. 1998/01100- 183/FD V/SLB, 19.september 2005 om art. 123,

### 1.2.3 Forsvarets anskaffelser

Med *forsvarsanskaffelser* forstås kjøp av varer og tjenester til Forsvaret. *Oppdragsgiver* vil i den sammenheng være Forsvaret, mens den som skal levere varen eller tjenesten betegnes som *leverandør*. En anskaffelse er ment å dekke et bestemt behov, og kan bestå av én eller flere kontrakter.<sup>44</sup>

Hovedregelen er at Forsvaret ved sine anskaffelser må følge lov 16.januar 1999 nr. 699 om offentlige anskaffelser (LOA) med tilhørende forskrifter.<sup>45</sup> Tilhørende forskrifter er forskrift 7.april 2006 nr. 2006 om offentlige anskaffelser, (FOA), forskrift 7.april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektoren (FOR) og forskrift 4.oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA). FOR gjelder for virksomheter som leverer vann, energi eller transport av telekommunikasjon.<sup>46</sup> Dette er tjenester som faller utenfor Forsvarets virkeområde, og vil ikke behandles nærmere i oppgaven.

LOA og FOA gjennomfører anskaffelsesdirektivet, dir. 2004/18/EF<sup>47</sup>, i norsk rett. Regelverket er ment å sikre etterlevelsen av hensynet til konkurranse, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling mellom medlemslandene.<sup>48</sup> Ivaretagelsen av disse hensynene er en grunnleggende forutsetning for å oppnå EØS-avtalens formål innen forsvarssektoren. Artikkel 123 vil imidlertid være et hjemmelsgrunnlag for å fravike disse prinsippene.

Videre kan det bemerkes at Norge har ratifisert flere internasjonale handelsavtaler som supplerer handelssamarbeidet med EU. Herunder kan the Government Procurement Agreement<sup>49</sup> (GPA-avtalen) nevnes. Avtalen er ment å etablere et internasjonalt rammeverk

---

<sup>44</sup> Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 253.

<sup>45</sup> Jf. LOA § 1 til og med § 3.

<sup>46</sup> Jf. FOR § 1-3 (1).

<sup>47</sup> Direktivet er i dag erstattet av dir.2014/24/EF.

<sup>48</sup> LOA § 5. Anskaffelsesdirektivet artikkel 2.

<sup>49</sup> Revised agreement on public procurement, 30.mars 2012. Se også St.prp. nr. 65 (1993- 94) s. 632.

for offentlige anskaffelser<sup>50</sup>, og er en underavtale av WTO<sup>51</sup>. Som medlem av NATO<sup>52</sup> er Norge også forpliktet i henhold til NATO sitt anskaffelsesregelverk, som regulerer anskaffelser foretatt på vegne av NATO.<sup>53</sup> I tillegg er Norge forpliktet gjennom en rekke frihandelsavtaler med land utenfor Europa. Oppgaven vil ikke belyse disse øvrige handelsavtalene, da artikkel 123 bare aktualiseres i henhold til EØS-lovgivningen.

---

<sup>50</sup> Jf. fortalet til GPA-avtalen

<sup>51</sup> World Trade Organisation, se St. prp. nr. 65 (1993- 94).

<sup>52</sup> North Atlantic Treaty Organization.

<sup>53</sup> NSPO Procurement Regulations No. 4200, 10.desember 2013.

## 2. EØS-avtalen artikkel 123

### 2.1 Generelle hovedtrekk

EØS-avtalen artikkel 123 lyder som følger:

*Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:*

- a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;
- b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;
- c) som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.

Artikkel 123 sikrer at medlemslandene kan ivareta sin rett «to define and protect their security interests»<sup>54</sup> ved at det kan gjøres unntak fra anskaffelsesregelverket. Medlemslandenes selvstendige adgang til å definere og ivareta egne sikkerhetsinteresser utgjør i seg selv en trussel mot EØS-avtalens formål.

Artikkel 123 er ikke identisk med ordlyden i artikkel 346 TEUV. Bestemmelsen lyder som følger:

*1. The provisions of the Treaties shall not preclude the application of the following rules:*

(a) no Member State shall be obliged to supply information the disclosure of which it considers contrary to the essential interests of its security;

(b) any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the internal market regarding products which are not intended for specifically military purposes.

---

<sup>54</sup> Kommissjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 4.

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

Bestemmelsene skiller seg for det første fra hverandre ved at artikkel 123 bokstav b henviser til varer som er «uunnværlig for forsvarsformål», fremfor «vesentlige sikkerhetsinteresser». Bokstav b åpner i tillegg for at «andre varer» enn de opplistede kan unntas, samt at «forskning, utvikling eller produksjon» omfattes av bestemmelsen. Videre henviser ikke artikkel 123 til listen av 1958<sup>55</sup>, i motsetning til artikkel 346 annet ledd. I artikkel 123 bokstav c er det også inntatt et unntak for kriselignende situasjoner som ikke fremgår av artikkel 346.

Spørsmålet blir hvilken betydning de ulike formuleringene i bestemmelsene vil få.

Dersom ordlyden i artikkel 123 og artikkel 346 sammenlignes synes anvendelsesområdet til artikkel 123 å være videre enn artikkel 346. Det ble ikke kommentert nærmere på hvorvidt dette var intensjonen ved ratifiseringen av EØS-avtalen.<sup>56</sup> Dersom bestemmelsene får et ulikt anvendelsesområde, er det en risiko for at det skjer et brudd på homogenitetsmålsetningen.

Forhistorien til artikkel 123 synes å være forklaringen på de ulike formuleringene i bestemmelsene. Ved utformingen av EØS-avtalen var det naturlig å ta utgangspunkt i EFTA-konvensjonen<sup>57</sup>, som fungerte som et alternativt handelssamarbeid for landene som ikke ønsket å delta i datidens EF<sup>58</sup>. Ved en sammenligning av artikkel 123 og den konsoliderte EFTA-konvensjonen artikkel 39 fremgår det at bestemmelsene har identiske formuleringer. At artikkel 123 på enkelte punkter skiller seg fra artikkel 346 synes dermed å skyldes at artikkel 123, i motsetning til artikkel 346 TEUV, er basert på EFTA-konvensjonen.

---

<sup>55</sup> Listen fremgår av Rådets avgjørelse, 255/58 of 15 April 1958, og vil bli behandlet nærmere under punkt 2.3.3.1.

<sup>56</sup> Se manglende kommentarer i St.prp. nr.100 (1991-92).

<sup>57</sup> Konvensjonen om opprettelse av Det europeiske frihandelsforbund, konsolidert 21.juni 2001. Se også Henrik Bull, lovkommentar til EØS-loven, [rettsdata.no](https://rettsdata.no), note 213.

<sup>58</sup> Sejersted mfl. s. 22.

Presumpsjonsprinsippet tilsier at artikkel 123 må tolkes innskrenkende hvor det er nødvendig for å oppnå harmoni med artikkel 346. Imidlertid åpner ikke presumpsjonsprinsippet for at det kan foretas en tolkning av artikkel 123 som ikke er i samsvar med bestemmelsens ordlyd.<sup>59</sup> Det vil dermed kunne oppstå tilfeller hvor virkeområdet til artikkel 123 er mer omfattende enn artikkel 346. Videre i oppgaven vil de ulike formuleringene mellom bestemmelsene problematiseres ytterligere hvor det er grunnlag for dette.

### **2.1.1 Rekkevidden av artikkel 123**

Artikkel 123 er ment å ha et klart avgrenset virkeområde, og EU-domstolen har i en rekke dommer fastslått at unntaksbestemmelsen bare skal anvendes i «exceptional and clearly defined cases».<sup>60</sup> Dette fordi en vid forståelse av bestemmelsen, «might impair the binding nature of Community law and its uniform application».<sup>61</sup>

Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA<sup>62</sup>) har også kommet til at artikkel 123 «er en snever unntaksregel», jf. sak nr. 2003/27. Uttalelser fra KOFA er ikke rettslig bindende, men vil likevel kunne tillegges en begrenset vekt tatt i betraktning at uttalelsene ofte legges til grunn i praksis.

Ved anvendelsen av artikkel 123 må det alltid foretas en balansering av «Member States' interests in the field of defence and security against the fundamental principles and objectives of the Community». Bare på denne måten kan EØS-avtalens formål oppnås innen forsvarssektoren til tross for adgangen til å gjøre unntak etter artikkel 123.

---

<sup>59</sup> Jf. Rt.2000. s. 1811 (s. 1815), hvor Høyesterett uttaler at presumpsjonsprinsippet ikke kan bortfolke motstrid. Se også Arnesen m.fl. s. 59-60.

<sup>60</sup> Se blant annet C-273/97, avsnitt 16.

<sup>61</sup> C-222/84, avsnitt 26.

<sup>62</sup> KOFA er etablert gjennom forskrift 15.november 2002 nr. 1288, om klagenemd for offentlige anskaffelser.

### 2.1.1.1 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet<sup>63</sup> er et av EU-rettens grunnleggende prinsipper, og stiller krav til forholdsmessighet mellom mål og virkemiddel.<sup>64</sup> Prinsippet setter grenser for når, og i hvor stor grad det kan gjøres inngrep i EØS-avtalens formål ved bruk av artikkel 123.<sup>65</sup>

Proporsjonalitetsprinsippet oppstiller tre krav; tiltaket må være egnet, nødvendig og forholdsmessig sett i lys av interessene som begrunner tiltaket.<sup>66</sup> At proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for bruken av EU-rettens unntaksbestemmelser ble blant annet slått fast av EU-domstolen i sak C-222/84 (Johnston-saken). Saken gjaldt et tilfelle hvor EU-domstolen aksepterte forskjellsbehandling av kvinnelige politibetjenter, siden det ikke kunne utelukkes at det ville virke konflikteskalerende dersom kvinner i politiet fikk bære våpen.

I redegjørelsen viste EU-domstolen til at «the principle of proportionality, one of the general principles of law underlying the Community legal order»<sup>67</sup> må ivaretas ved bruk av alle unntaksbestemmelsene. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at bruken av unntaksbestemmelsene må «remain within the limits of what is appropriate and necessary for achieving the aim in view and requires the principle of equal treatment to be reconciled as far as possible».<sup>68</sup>

Kravet til egnethet etter proporsjonalitetsprinsippet innebærer at tiltaket må være tjenelig til å oppnå tiltakets formål.<sup>69</sup> Nødvendighetskravet legger opp til en vurdering av om «det finnes

---

<sup>63</sup> I norsk rett eksisterer det et forholdsmessighetsprinsipp, som i stor grad legger opp til de samme vurderingene som proporsjonalitetsprinsippet. I det følgende er det bare proporsjonalitetsprinsippet som vil behandles siden dette er betegnelsen som benyttes i EU.

<sup>64</sup> Sejersted m.fl. s. 268.

<sup>65</sup> Gjermund Mathisen, «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», *Jussens Venner*, 2007, s. 81-82.

<sup>66</sup> *ibid.* s. 82-83.

<sup>67</sup> Case-222/84, avsnitt 38.

<sup>68</sup> Case-222/84, avsnitt 38.

<sup>69</sup> Mathisen, s. 83-84.

et alternativt tiltak som ville være minst like effektivt som middel til å nå målet, men som vil gjøre mindre inngrep i grunnfrihetene». <sup>70</sup> Kravet til forholdsmessighet innebærer at tiltaket ikke må stå «i et urimelig forhold til betydningen av målet med tiltaket». <sup>71</sup>

Dersom EU-domstolens bruk av proporsjonalitetsprinsippet innenfor forsvarssektoren sammenlignes synes domstolen å legge til grunn en varierende terskel for når tiltaket er proporsjonalt. Til illustrasjon kan det vises til sak C-273/97 (Sirdar-saken) og C-252-01 (Flyfoto-saken), sammenlignet med C-414/97 (den spanske våpen-saken) og C-337/05 (Augusta-saken).

Sirdar-saken <sup>72</sup> gjaldt et tilfelle hvor en kvinnelig kokk ikke ble ansatt på et militært britisk fartøy ettersom kvinner ikke var tilstrekkelig kampdyktige etter marinens oppfatning. Siden alt mannskap måtte delta i eventuelle kampsituasjoner ble det gjort unntak fra likestillingsreglene med hjemmel i dagens artikkel 347 TEUV. <sup>73</sup>

I samsvar med Johnston-saken, la domstolen til grunn at medlemslandene må holde seg innenfor grensene av hva som er «appropriate and necessary in order to achieve the aim in view». <sup>74</sup> Samtidig påpekte domstolen at «national authorities have a certain degree of discretion when adopting measures which they consider to be necessary in order to guarantee public security in a Member State». <sup>75</sup>

Siden den kvinnelige kokken ble nektet jobb ut ifra nasjonale sikkerhetsinteresser aksepterte EU-domstolen bruk av unntaksbestemmelsen. Dette uten at domstolen foretok en vurdering av om andre tiltak kunne ivarett hensynene til både likebehandling og nasjonal sikkerhet.

---

<sup>70</sup> *ibid.* s. 85.

<sup>71</sup> *ibid.* s. 82.

<sup>72</sup> Case-273/97.

<sup>73</sup> Se punkt 2.4. for en redegjørelse av bestemmelsen.

<sup>74</sup> Case-273/97, avsnitt 26.

<sup>75</sup> Case-273/97, avsnitt 27.



I Flyfoto-saken<sup>76</sup> var spørsmålet om det var adgang til å gå til anskaffelse av en overvåkingstjeneste uten å følge anskaffelsesregelverket. Kontrakten gjaldt nærmere bestemt alminnelig overvåking av sand- og strandsoner i Belgia, samt bearbeidelsen av innkommet data etter overvåkingen. Siden det kunne fremkomme sensitiv informasjon fra bildene mente belgiske myndigheter at anskaffelsen kunne unntas anskaffelsesregelverket. Kommisjonen var ikke enig i dette. Bildene skulle etter belgisk lovgivning uansett sendes til den belgiske sikkerhetstjenesten for en vurdering av bildenes informasjon, før de eventuelt kunne tilbakesendes for en nærmere bearbeiding.

EU-domstolen la innledningsvis til grunn at det var «for the Belgian authorities to lay down the security measures necessary for the protection of such installations.»<sup>77</sup> Ettersom det var tenkelig at sensitiv informasjon kunne fremkomme av bildene aksepterte EU-domstolen bruken av unntaksbestemmelsen uten at de alternative tiltakene til Kommisjonen ble vurdert.

I den spanske våpen-saken<sup>78</sup> konkluderte EU-domstolen for første gang med at det ikke var adgang til å benytte seg av den daværende artikkel 296 første ledd bokstav b TEF. Saken gjaldt et tilfelle hvor spanske myndigheter hadde unnlatt å innføre skatt i henhold til skattelovgivningen ved kjøp og salg av militære varer. Dette ble ikke akseptert av domstolen, fordi spanske myndigheter ikke kunne bevise hvorfor tiltaket var «necessary for the protection of the essential interests of its security.»<sup>79</sup> Spania hadde derfor handlet utenfor sitt handlingsrom i bedømmelsen av hva som var nødvendig for å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser.

Heller ikke i Augusta-saken<sup>80</sup> aksepterte EU-domstolen at det var nødvendig for italienske myndigheter å gå til direkte anskaffelse av helikoptre i strid med konkurranseprinsippet. Dette fordi helikoptrene i all hovedsak var ment å dekke sivile formål.

---

<sup>76</sup> Case-252/01

<sup>77</sup> *ibid.* avsnitt 30.

<sup>78</sup> Case-414/97.

<sup>79</sup> Case-414/97, avsnitt 22.

<sup>80</sup> Case-337/05.

Etter EU-domstolens oppfatning hadde ikke italienske myndigheter «stated the reasons for which it submits that the confidentiality of the information communicated [...] would be less well guaranteed were such production entrusted to other companies, be they established in Italy or in other Member States.»<sup>81</sup> Manglende kunngjøring av anskaffelsen var derfor «disproportionate as regards the objective of preventing the disclosure of sensitive information relating to their production.»<sup>82</sup> Som følge av den manglende begrunnelsen for hvorfor det var nødvendig å anvende daværende artikkel 296 TEF aksepterte ikke EU-domstolen bruken av bestemmelsen.

De fire ovenfornevnte dommene illustrerer at EU-domstolens proporsjonalitetsvurdering vil variere i henhold til i hvilken grad nasjonale sikkerhetsinteresser berøres.<sup>83</sup> Eksempelvis konkluderte EU-domstolen med at det forelå brudd på skattereglene i den spanske våpen-saken hvor nasjonale sikkerhetsinteresser i svært liten grad ble berørt. I motsetning foretok ikke EU-domstolen en nærmere proporsjonalitetsvurdering i Sirdar-saken siden dette forutsatte at domstolen måtte vurdere alternative tiltak for å ivareta britiske sikkerhetsinteresser. En slik vurdering ville medført inngrep i Storbritannias rett til å ivareta nasjonal sikkerhet.

Dommene illustrerer også at det er av betydning om medlemslandene kan bevise hvorfor det aktuelle tiltaket er nødvendig. Når spanske myndigheter ikke kunne bevise hvorfor det var nødvendig å gjøre unntak fra skattereglene i den spanske våpen-saken, kunne EU-domstolen heller ikke akseptere anvendelsen av artikkel 296 TEF.

I tillegg vil det ofte være et politisk spørsmål hvordan medlemslandene velger å ivareta egne sikkerhetsinteresser. Sett i lys av at domstolene ikke skal foreta politiske vurderinger kan

---

<sup>81</sup> Case-337/05 avsnitt 51.

<sup>82</sup> *ibid.* avsnitt 51.

<sup>83</sup> Martin Trybss, *Buying Defence and Security in Europe*, Cambridge 2014, s. 111.

dette gi en ytterligere forklaring på hvorfor domstolene er tilbakeholdne med å overprøve nasjonale sikkerhetsvurderinger.<sup>84</sup>

Oppsummert må altså Forsvaret bevise hvorfor anvendelsen av artikkel 123, samt det aktuelle tiltaket som treffes, er egnet, forholdsmessig og nødvendig for å ivareta sikkerhetsmessige interesser. I desto større grad sikkerhetsinteresser berøres av anskaffelsen desto større grunn er det til å tro at domstolene vil være tilbakeholdne med å overprøve nasjonale vurderinger.

I det følgende vil det gis en nærmere redegjørelse for de konkrete vilkårene etter artikkel 123. Det bemerkes at det er tilstrekkelig at vilkårene i henhold til en av bestemmelsens bokstaver er oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse.

## **2.2 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a**

### **2.2.1 Hindre spredning av sensitive opplysninger**

Etter artikkel 123 bokstav a kan det treffes tiltak som anses «nødvendig for å hindre spredningen av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser».

For det første må tiltaket være «nødvendig for å hindre spredningen av opplysninger». Se punkt 2.1.1.1. for en nærmere redegjørelse av nødvendighetskravet. Merk at nødvendighetsvurderingen er konkretisert i henhold til bokstav a. Dette innebærer at tiltaket må være nødvendig for å hindre spredningen av opplysninger om vesentlige sikkerhetsinteresser.

Bokstav a vil derfor bare kunne påberopes dersom opplysningene er så sensitive at selve «spredningen» av informasjonen utgjør en risiko for rikets sikkerhet. Vilkåret henger sammen med kunngjøringsplikten som følger av FOA<sup>85</sup> og FOSA<sup>86</sup>. Kunngjøringsreglene innebærer at

---

<sup>84</sup> Trybus, (2014), s. 107.

<sup>85</sup> FOA del 2 kap. 9 og FOA del 3 kap. 18.

<sup>86</sup> FOSA kap. 9.

kunngjøringen<sup>87</sup> skal publiseres på en nettbasert database<sup>88</sup>, slik at aktuelle leverandører kan gjøre seg kjent med konkurransen. Dersom anskaffelsen gjelder vesentlige sikkerhetsinteresser vil det ikke være mulig å kunngjøre konkurransen siden dette vil medføre «spredning...» av sensitiv informasjon. Dersom informasjonen allerede er kjent vil ikke artikkel 123 bokstav a komme til anvendelse.

For det andre må opplysningene berøre «vesentlige sikkerhetsinteresser».

## 2.2.2 Vesentlige sikkerhetsinteresser

Ordlyden «vesentlige» angir en høy terskel for når vilkåret er oppfylt. Dermed kan bokstav a bare anvendes «where the Member State have no other choice than to protect their security interests nationally».<sup>89</sup> Utover dette er vesentlighetskravet en rettslig standard uten et klart definert innhold, og begrepet må nærmere fastlegges i rettspraksis.

Ordlyden «sikkerhetsinteresser» tilsier ut ifra en kontekstuell tolkning at informasjonen må gjelde rikets sikkerhet. Herunder må det foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, en generell henvisning til «geographical and political situation, history, and alliance» vil ikke være tilstrekkelig.<sup>90</sup>

Rikets sikkerhet kan berøres på grunn av nasjonale forhold, men også på grunn av internasjonale konflikter eller spenninger.<sup>91</sup> Som hovedregel kan innkjøp av militært materiell og tjenester anses å berøre sensitiv informasjon siden materialet er ment å sikre nasjonale

---

<sup>87</sup> En kunngjøring skal gi tilstrekkelige opplysninger for at potensielle leverandører skal kunne vurdere om de ønsker å innlevere et tilbud, se Dragsten, s. 425.

<sup>88</sup> Kunngjøringer skal publiseres enten på Doffin eller Ted, eller på begge sidene, sml. FOA § 9-1 og 18-3, samt FOA § 9-1.

<sup>89</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 5.

<sup>90</sup> Aris Georgopoulos «The Commission's Interpretive Communication on the Application of Article 296 EC in the Field of Defence Procurement», *Public Procurement Review*, 2007, s. NA47.

<sup>91</sup> C-273/97, avsnitt 17.

<sup>92</sup> Det er imidlertid mer nærliggende at artikkel 123 bokstav b anvendes ved anskaffelser av militært materiell, se punkt 2.3.3.

sikkerhetsinteresser.<sup>92</sup> Eksempelvis kan det nevnes kjøp av tjenester som innebærer testing av militært utstyr, eller innkjøp av missiler til fregattene.

Ordlyden utelukker at andre interesser, slik som industrielle eller økonomiske, kan grunngi anvendelsen av bokstav a.<sup>93</sup> For eksempel kan ikke behovet for å spare tid og kostnader grunngi hvorfor konkurransereglene ikke følges. Et ytterligere eksempel på når «vesentlige sikkerhetsinteresser» berøres er dersom Forsvaret skal gå til anskaffelse av en hemmelighetsstemplett etterretningstjeneste. Ved en slik anskaffelse vil det være nødvendig å holde anskaffelsen hemmelig for at etterretningen skal kunne gjennomføres. Vesentlige sikkerhetsinteresser vil også berøres dersom Norge går til anskaffelse av undersjøiske lyttekabler som skal lokalisere ubåter på vei inn i norsk farvann.

Medlemlandenes rett til å ivareta og definere egen sikkerhet forklarer den manglende definisjonen av «sikkerhetsinteresser».<sup>94</sup> Dette understrekes av henvisningen til «dens» vesentlige sikkerhetsinteresser i artikkel 123 bokstav a, som henviser til en nasjonal sikkerhetsvurdering. Medlemslandene vil derfor kunne «allow themselves wide discretion in determining which contracts could damage them».<sup>95</sup> Proporsjonalitetsprinsippet vil imidlertid sette grenser for i hvilken grad unntaksretten kan anvendes.

For at EØS-avtalens formål skal oppnås innenfor forsvarssektoren i Europa er det viktig at det føres kontroll med at medlemslandene ikke misbruker skjønnsmarginen til å ivareta egen sikkerhet. Sett i lys av den lave prøvingsintensiteten av anvendelsen av artikkel 346/123, synes det å ha vært en begrenset vilje til å foreta en slik overprøving. Dette kan igjen skyldes at det er vanskelig å kontrollere bruken av artikkel 123, fordi informasjonen om anskaffelsen kan unndras offentligheten den tid unntaksbestemmelsen anvendes.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Georgopoulos (2007) s. NA45.

<sup>94</sup> C-273/97, avsnitt 27. Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 4.

<sup>95</sup> Green paper, s. 7.

<sup>96</sup> Trybus, (2014) s. 107.

## **2.3 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b**

### **2.3.1 Innledningsvis om bestemmelsen**

For at forsvarsanskaffelser skal kunne unntas etter artikkel 123 bokstav b må anskaffelsen gjelde «produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlige for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål».

Bestemmelsen angir positivt hvilke avtaler som omfattes av bokstav b, samt hvilke interesser som må berøres for at vilkårene skal oppfylles. I punkt 2.3.2- 2.3.4, vil det gis en nærmere redegjørelse for hvilke typer avtaler som omfattes av bestemmelsen, mens punkt 2.3.5 vil behandle vilkåret «uunnværlig for forsvarsformål».

### **2.3.2 Forskning, utvikling eller produksjon**

Artikkel 123 bokstav b åpner for at det kan gjøres unntak for avtaler som gjelder «forskning, utvikling eller produksjon», heretter FoU-avtaler.

Ordlyden «forskning og utvikling», viser til avtaler som innebærer at det etableres ny kunnskap eller teknologi, eller at allerede eksisterende kunnskap videreutvikles. Ordlyden «produksjon» tilsier at produksjonen av den nyervervede kunnskapen/teknologien også omfattes.

Siden bedre teknologi og kunnskap tilsier bedre nasjonal sikkerhet har Forsvaret et særlig behov for å delta i FoU-prosjekter. Eksempelvis kan det vises til krigen i Irak i 2003, hvor Irak hadde militært utstyr fra 1980-årene, og dermed ikke hadde noen reell mulighet til å forsvare seg mot det mer moderne utstyret til USA.<sup>97</sup> Forsvaret har også et særlig behov for å

---

<sup>97</sup> Trybus, (2014) s. 50.

frigjøre seg fra anskaffelsesregelverket, fordi FoU-prosjekter er svært kostnadskrevenne, og det kan være behov for å gi statsstøtte i strid med EU/EØS-retten.<sup>98</sup>

Det er ikke inntatt et tilsvarende unntak i artikkel 346 første ledd bokstav b, og det er begrenset med rettskilder som direkte behandler forståelsen av FoU-unntaket i artikkel 123 bokstav b. Imidlertid er det inntatt egne FoU-unntak i FOA<sup>99</sup> og FOSA.<sup>100</sup> Rettskilder relatert til FoU-unntakene i forskriftene må kunne være veiledende for forståelsen av FoU-unntaket i artikkel 123 bokstav b siden bestemmelsene regulerer den samme typen avtaler.

Det er «realiteten som avgjør om forholdet er omfattet av anskaffelsesregelverket» når det skal vurderes om det foreligger en FoU-kontrakt etter FOA.<sup>101</sup> I fortalen til forsvarsdirektivet punkt 13 presiseres det ytterligere at formålet med FoU-kontrakter kan være «acquiring new knowledge regarding the underlying foundation of phenomena and observable facts, without any particular application or use in view.» Videre vil FoU-kontrakter omfatte forskning på eksisterende materiale med formål om «acquiring new knowledge.»<sup>102</sup> Forskningen på allerede eksisterende materiale må imidlertid være «directed primarily towards a particular practical end or objective,» for å kunne omfattes.<sup>103</sup> Adgangen til å påberope seg FoU-unntaket etter forsvarsdirektivet vil bare gjelde såfremt det fremdeles arbeides for å utvikle ny kunnskap.<sup>104</sup>

Begrunnelsen for FoU-unntaket etter FOA er at «det ofte kreves et samarbeid mellom partene som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold, fremfor å være et

---

<sup>98</sup> Trybus, (2014) s. 50.

<sup>99</sup> Se FOA § 1-3 annet ledd bokstav g.

<sup>100</sup> Se FOSA § 1-3 annet ledd bokstav c og g.

<sup>101</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, oppdatert desember 2013, s.19.

<sup>102</sup> Forsvarsdirektivet, fortalen punkt 13.

<sup>103</sup> *ibid.*

<sup>104</sup> *ibid.* fortalen punkt 55.

forhold mellom en leverandør og en kjøper». <sup>105</sup> En ytterligere begrunnelse i henhold til FOSA er at «stimulating research and development is a key way of strengthening the European Defence Technological and Industrial Base». <sup>106</sup> Derfor kan det forsvares at Forsvaret får «maximum flexibility in the award of contracts for research supplies and services». <sup>107</sup> Begrunnelsen for unntaksretten etter FOA og FOSA vil indirekte kunne bidra til å forklare bakgrunnen for unntaksretten etter artikkel 123 bokstav b.

Unntaksretten etter FOA og FOSA har imidlertid sine begrensninger, siden forskriftene ikke gjør unntak fra LOA. Hovedregelen er derfor at de grunnleggende hensynene til konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet etter LOA § 5 fremdeles vil gjelde til tross for forskriftenes FoU-unntak. <sup>108</sup> Ved at det er inntatt et eget FoU-unntak i artikkel 123 bokstav b har Forsvaret likevel mulighet til å handle i strid med anskaffelsesprinsippene dersom det er nødvendig, jf. LOA § 3. Unntaksretten for FoU-avtaler etter FOA, FOSA og artikkel 123 bokstav b vil dermed imøtekomme Forsvarets behov for full fleksibilitet ved FoU-avtaler.

### 2.3.3 Våpen, ammunisjon og krigsmateriell

Etter bokstav (b) vil «produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell» kunne unntas etter bestemmelsen.

---

<sup>105</sup> Veileder FOA, s. 19.

<sup>106</sup> Forsvarsdirektivet, fortalen punkt 55.

<sup>107</sup> Kommisjonens veiledningsnotat, *Research and development*, s. 1.

<sup>108</sup> Veileder til FOA s. 17. Dragsten, s. 144.

I EU-retten finnes det ikke en egen lov om offentlige anskaffelser som kommer i tillegg til anskaffelsesdirektivene. Medlemslandene er derfor ikke forpliktet til å følge hensynene til konkurranse, likebehandling etc. dersom forsvarsdirektivet ikke kommer til anvendelse.

Forsvarsindustrien i Europa har derfor ikke behov for å anvende artikkel 346 ved FoU-avtaler, da denne typen avtaler uansett er unntatt forsvarsdirektivet. Dette er problematisk sett i lys av homogenitetsmålsettingen, siden det norske Forsvaret har et større behov for å anvende artikkel 123 enn øvrige medlemsland.

Sett i lys av at det ikke gjelder et konkurranseprinsipp ved FoU-avtaler som kan unntas forsvarsdirektivet, kan det diskuteres om presumpsjonsprinsippet åpner for å stille et lempeligere krav til konkurranse ved FoU-avtaler som kan unntas FOSA. Oppgaven vil imidlertid ikke behandle spørsmålet nærmere, siden det er klart at presumpsjonsprinsippet ikke kan lede til en bortfortolkning av norsk lov, se punkt 1.2.2. Derfor vil det alltid gjelde et visst krav til konkurranse i henhold til LOA § 5, hvilket vil kunne nødvendiggjøre bruk av artikkel 123.



«Våpen og ammunisjon» omfatter forsvarsspesifikke varer, som er «produsert med det formål å benyttes i krig, og vil ikke ha tilsvarende sivile anvendelsesområder».<sup>109</sup>

Ordlyden «krigsmateriell» favner videre enn «våpen og ammunisjon», og kan forstås både snevert og vidt. Forsvarsdepartementet er imidlertid av den oppfatning at det avgjørende må være om «materiellet i utgangspunktet er produsert spesielt med tanke på militærets særlige bruk.»<sup>110</sup> Som eksempel viser departementet til at et firhjulsdrevet kjøretøy ikke kan «sies å være spesialtilpasset Forsvarets særlige bruk, mens en stridsvogn vil være det».<sup>111</sup>

### 2.3.3.1 1958-listen

Artikkel 346 annet ledd, henviser til en liste som angir «the products to which the provisions of paragraph 1 (b) apply». Listen blir ofte betegnet som 1958-listen siden den ble utformet av Rådet<sup>112</sup> 15.april 1958. Den originale listen var i praksis vanskelig å få tak i da den aldri ble publisert, og etter spørsmål fra et medlem av Europa-parlamentet, skisserte Rådet listen på nytt 27.september 2001.<sup>113</sup> Listens kjennetegn er at den angir militært utstyr «which is of purely military nature and purpose»<sup>114</sup>, samt tjenester som har en direkte sammenheng med aktuelt militært utstyr. Eksempel på materiale som omfattes av listen er «artillery, and smoke, gas and flame throwing weapons»<sup>115</sup> og «tanks and fighting vehicles specifically designed for military use»<sup>116</sup>.

En tilsvarende henvisning til 1958-listen fremgår ikke av EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b. To spørsmål reiser seg i denne sammenheng. Første spørsmålet er i hvilken grad listen er

---

<sup>109</sup> Forsvarsdepartementet om ARF (2008), s. 2.

<sup>110</sup> Brev fra FD om art.123, s. 3.

<sup>111</sup> Brev fra FD om art.123, s. 3.

<sup>112</sup> Det henvises her til Rådet for den europeiske union hvor medlemslandenes statsråder møtes, jf. Gundersen, s. 63.

<sup>113</sup> Martin Trybus, *European Law and Defence Integration*, Cornwall 2005, s. 143-144

<sup>114</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006) s. 5.

<sup>115</sup> 1958-listen, punkt 2.

<sup>116</sup> 1958-listen, punkt 6.

uttømmende i henhold til artikkel 346 første ledd bokstav b. Andre spørsmålet er hvilken betydning listen får for forståelsen av artikkel 123 bokstav b.

Siden artikkel 346 annet ledd eksplisitt henviser til listen er det ikke tvilsomt at den får betydning for bestemmelsens rekkevidde. Ordlyden tilsier imidlertid bare at listen vil «*apply*», hvilket i seg selv ikke sier noe om listen er ment å være uttømmende.

En endelig klargjøring av listens relevans kom i sak T-26/01, *Fiocchi Munizioni SpA mot Europa-kommisjonen (Fiocchi-saken)*<sup>117</sup>. Saken gjaldt et tilfelle hvor det ble klaget på statsstøtten som var gitt til en militær produsent. I domstolens redegjørelse ble det lagt til grunn at artikkel 346 første ledd bokstav b «is not intended to apply to activities relating to products other than the military products identified on the Council's list of 15 April 1958».<sup>118</sup>

Listens uttømmende karakter ble også behandlet i EU-domstolens rådgivende uttalelse C-615/10, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy (dreieplattform-saken)*. Et avgjørende spørsmål i vurderingen av om den aktuelle dreieplattformen kunne unntas etter artikkel 346, var om «the tiltable turntable equipment at issue in the main proceedings may be classified in one or other of the categories featuring in that list.»<sup>119</sup>

Kommisjonen har også lagt til grunn i tolkningsuttalelsen fra 2006 at listen er uttømmende.<sup>120</sup> Ved tolkningen av listen påpekes det imidlertid at det må tas hensyn til «the evolving character of technology and procurement policies».<sup>121</sup> Etersom listen er vidt utformet synes det uproblematisk at den ikke er blitt endret siden 1958.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Dommen er avsagt av EFs tidligere førsteinstansdomstol.

<sup>118</sup> T-26/01, avsnitt 61.

<sup>119</sup> C-615/10, avsnitt 37.

<sup>120</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 5.

<sup>121</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 5.

<sup>122</sup> *ibid.*

Etter dette må det kunne legges til grunn at 1958-listen er uttømmende for forståelsen av hvilke varer som omfattes av artikkel 346 første ledd bokstav b. Spørsmålet blir dermed hvilken betydning listen får for forståelsen av varene som omfattes av artikkel 123 bokstav b.

Forsvarsdepartementet har gitt uttrykk for at 1958-listen vil «være til støtte i en helhetsvurdering», men at det må «utvises forsiktighet med hensyn til å legge den til grunn». <sup>123</sup> Siden artikkel 123 ikke henviser til 1958-listen synes det heller ikke å være grunnlag for å legge listen uttømmende til grunn for forståelsen av bestemmelsen. Presumpsjonsprinsippet og homogenitetsmålsettingen tilsier imidlertid at 1958-listen vil være veiledende for hvilke varer som faller innenfor artikkel 123 bokstav b.

#### **2.3.4 Andre varer**

Av artikkel 123 bokstav b fremgår det at bestemmelsen også omfatter «andre varer» enn de varene som spesifikt nevnes.

Ordlyden «andre varer» er vid, og ut ifra en kontekstuell tolkning må det foretas en skjønsmessig vurdering av om forsvarsspesifikke hensyn i tilstrekkelig grad berøres av anskaffelsen.

Artikkel 346 annet ledd bokstav b henviser ikke til «andre varer», og Forsvarsdepartementet har gitt uttrykk for at dette «kan bety at beskrivelsen av de varer som kan unntas etter EØS-avtalen art. 123, har ett videre omfang enn EU-traktaten art. 296». <sup>124</sup> Derfor må «andre varer» tolkes restriktivt. <sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Veileder ARF, s. 3.

<sup>124</sup> Brev fra FD om art.123, s. 3.

<sup>125</sup> *ibid.*

For at artikkel 123 i minst mulig grad skal avvike fra virkeområdet til artikkel 346, vil et naturlig minstekrav være at den aktuelle varen har klare likhetstrekk med varene som konkret opplistes i artikkel 123 bokstav b.

### **2.3.5 Uunnværlig for forsvarsformål**

Det gjennomgående vurderingstema etter bokstav b er om anskaffelsen er «uunnværlig for forsvarsformål».

Ordlyden «uunnværlig» tilsier at anskaffelsen må være avgjørende for å ivareta Forsvarets interesser. Hva gjelder «forsvarsformål» tilsier ordlyden at anskaffelsen må ivareta forsvarsspesifikke interesser. Vurderingen bør ta utgangspunkt i en «faglig vurdering av anskaffelsens art og formål, og om den kan rettferdiggjøres ut fra nasjonale sikkerhetshensyn».<sup>126</sup> Siden artikkel 346 ikke har en tilsvarende henvisning taler dette for at ordlyden «forsvarsformål» må forstås snevert.

Eksempel på anskaffelser som er uunnværlig for å ivareta Forsvarets interesser, er anskaffelsen av F35-flyene som skal ivareta sikkerheten i luftrommet etter at dagens F16-fly ikke lengre er i bruk.

Spørsmålet som kan stilles er om «forsvarsformål» omfatter varer som både har et sivilt og militært formål. Under punkt 2.3.5.1. vil dette spørsmålet behandles nærmere.

#### **2.3.5.1 Dual-use varer**

Dual-use varer kan defineres som «materials that can be used both for military and civil purposes».<sup>127</sup> En tanks vil ikke være en dual-use vare ettersom den ikke brukes sivilt. En alminnelig bil kan imidlertid brukes både sivilt og militært.

---

<sup>126</sup> FD om ARF, s. 2.

<sup>127</sup> Trybus (2005) s. 149.

Det kan også tenkes tilfeller hvor Forsvaret ønsker å gå til anskaffelse av bygge- og anleggsarbeid som både har et sivilt og militært preg. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom Forsvaret skal bygges en tørrdokk for en fregatt i en fjellvegg. Selve sprengningen og byggearbeidet er av sivil karakter, men formålet er å lage et verksted for Forsvarets fregatter.

Problemstillingen som oppstår ved anskaffelser av dual-use varer er om varen omfattes av «forsvarsformål», jf. artikkel 123 bokstav b. Siden bokstav b bare omfatter *varer* aktualiseres ikke spørsmålet ved anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider med et dual-use preg.

I den nevnte Augusta-saken<sup>128</sup>, var det sikkert at de aktuelle helikoptrene skulle brukes sivilt, men det var mer usikkert om de skulle brukes militært. Siden helikoptrene hovedsakelig dekket sivile behov konkluderte EU-domstolen med at den daværende artikkel 296 første ledd bokstav b ikke kom til anvendelse. Avgjørende var at helikoptrene «must be intended for specifically military purposes»<sup>129</sup>, og at anskaffelsesregelverket må følges dersom «[the] military purposes is hardly certain»<sup>130</sup>.

Tilsynelatende kan det fremstå som at EU-domstolen legger til grunn en vurdering av anskaffelsens formål, slik at varens tiltenkte bruk er avgjørende. Som påpekt av Trybus, kan ikke dommen forstås slik siden 1958-listen er uttømmende for varene som omfattes av artikkel 346 første ledd bokstav b.<sup>131</sup> Årsaken til domstolens formålsbetraktninger er at punkt 10 på 1958-listen viser til «aircraft and equipment for military use». Det var derfor nødvendig å vurdere helikoptrenes formål for å avgjøre om varen var «for military use». Dermed vil spørsmålet om varens formål først komme på spissen i de tilfeller hvor «there are dual-use items on the list» og hvor varens «use needs to be determined in addition to the fact that they are listed».<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> C-337/05. Se oppgavens punkt 2.1.1.1.

<sup>129</sup> C-337/05, avsnitt 47.

<sup>130</sup> *ibid.*

<sup>131</sup> Trybus, (2014) s. 99.

<sup>132</sup> *ibid.* s. 101.

Spørsmålet om dual-use anskaffelser ble også vurdert i henhold til EU-domstolens rådgivende uttalelse i den nevnte dreieplattform-saken.<sup>133</sup> Den aktuelle dreieplattformen skulle simulere kampsituasjoner, og finske myndigheter hadde av den grunn unntatt anskaffelsen. En nasjonal leverandør protesterte på bruken av artikkel 296 første ledd bokstav b, fordi dreieplattformen bestod av teknikk tilgjengelig på det sivile markedet, og derfor ikke var en militær vare.

EU-domstolen la til grunn en todelt vurdering for å fastslå om anskaffelsen kan unntas etter artikkel 296 første ledd bokstav b. Første spørsmålet er om varen kan klassifisert under en av kategoriene som fremgår av 1958-listen.<sup>134</sup> Dersom varen i tillegg har et sivilt preg må det vurderes om varen er «specially designed, developed or modified significantly» for militære formål.<sup>135</sup> Varen kan derfor ha et sivilt preg, den tid det er gjort tilpasninger som gjør at den militære varen skiller seg fra den sivile.

Spørsmålet om dual-use varer ble behandlet av KOFA i sak 2003/27 (Feltsykehussaken). Forsvaret ble innklaget for nemda siden modulene til det aktuelle feltsykehuset ble benyttet «både til militære og sivile formål». Klager mente derfor at artikkel 123 bokstav b ikke kom til anvendelse.<sup>136</sup> KOFA la imidlertid til grunn at selv om varen hadde et sivilt marked så «medfører ikke [dette] noen begrensning i muligheten for å unnta anskaffelsen fra lov om offentlige anskaffelser med forskrift.»<sup>137</sup> Det avgjørende er om varen er bestemt «direkte for militære formål», hvilket domstolen mente at feltsykehusene var.

Dermed vil det avgjørende for om dual-use varer omfattes av artikkel 123 bokstav b være om varen anses som «våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer». Herunder vil 1958-listen være veiledende. Dersom varen også har et sivilt preg vil det avgjørende være om det er gjort tilpasninger eller modifikasjoner som tilsier at varen likevel er av utpreget militær art og

---

<sup>133</sup> C-615/10

<sup>134</sup> *ibid.* avsnitt 37.

<sup>135</sup> *ibid.* avsnitt 40.

<sup>136</sup> Sak 2003/27 s. 2.

<sup>137</sup> *ibid.* s. 3.

således dekker «forsvarsformål». En slik todelt vurdering sikrer at det ikke skjer en konkurransevridning på det sivile markedet, slik som det er forbud mot etter artikkel 123 bokstav b, se nærmere punkt 2.3.6 i oppgaven.

### **2.3.5.1.1 Dual-use anskaffelser etter artikkel 123 bokstav a**

Artikkel 123 bokstav a avgrenser ikke mot visse type varer og tjenester slik som bokstav b. Spørsmålet om anskaffelsen gjelder «forsvarsmateriell» aktualiseres derfor ikke, og dual-use varer kan unntas etter bokstav a den tid «vesentlige sikkerhetsinteresser berøres».<sup>138</sup>

### **2.3.6 Endring av konkurransevilkår**

Dersom vilkårene etter artikkel 123 bokstav b er oppfylt kan det treffes tiltak «såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål».

Ordlyden «som ikke er bestemt for direkte militære formål» henviser til varer på det sivile markedet, og som ikke er bestemt for «forsvarsformål», jf. drøftelsen under punkt 2.3.5.

Ordlyden av «endrer konkurransevilkårene» viser til en vurdering av om tiltaket medfører en favorisering av én eller flere leverandører i strid med konkurransereglene.

Ved anskaffelser hvor det ikke er tvilsomt at varen har et forsvarsformål, eksempelvis ved kjøp av stridsvogner, er det en liten risiko for at det sivile markedet påvirkes av tiltak etter artikkel 123 bokstav b. I de tilfeller hvor Forsvaret ønsker å gå til anskaffelse av en militær vare, men med sivile elementer, er det imidlertid en særlig risiko for konkurransevridning.

Spørsmålet som imidlertid kan reises er om enhver påvirkning av konkurransen i det sivile markedet medfører at artikkel 123 bokstav b ikke kan anvendes.

En streng fortolkning av ordlyden tilsier at enhver konkurransevridning på det sivile markedet utelukker bruken av bestemmelsen.

---

<sup>138</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006), s. 6.

Samtidig vil det medføre vanskeligheter for selskaper som leverer både sivile og militære varer dersom bestemmelsen forstås så snevert. Til illustrasjon kan det tenkes at et selskap som leverer sykehusuniformer til både det sivile og militære markedet blir tildelt en kontrakt som innebærer at selskapet skal levere sykehusuniformer til Forsvarets militære aksjoner. Kontrakten vil få positive ringvirkninger for selskapet som helhet, og styrker dermed indirekte selskapets økonomiske situasjon på det sivile markedet. Imidlertid vil det kunne stride mot likebehandlingsprinsippet dersom selskapet ikke skal kunne tildeles kontrakten i motsetning til et selskap som bare leverer klær til Forsvaret. Det synes dermed ikke hensiktsmessig at enhver indirekte påvirkning av det sivile markedet forhindrer anvendelsen av artikkel 123 bokstav b. Bestemmelsen synes først og fremst å sette begrensninger dersom det ikke fremstår som tvilsomt at det vil skje en direkte konkurransevridning som følge av tiltaket.

I den tidligere nevnte *Fiocchi-saken*<sup>139</sup> uttalte EU-domstolen at dersom tiltaket vil virke konkurransevridende på det sivile markedet, skal Kommisjonen «together with the State concerned, examine how the measure can be adjusted to the rules laid down in the Treaty».<sup>140</sup> Det avgjørende vil altså være om det er mulig å treffe et tiltak etter artikkel 123 bokstav b som ikke virker konkurransevridende på det sivile markedet. Samtidig viser domstolen til at utfallet av samarbeidet mellom medlemslandet og Kommisjonen, «depends essentially on the will of the Member State concerned».<sup>141</sup> Kommisjonen kan altså ikke påtvinge medlemslandene hvilket tiltak som skal gjennomføres.

Det er ikke kommentert nærmere hvordan en slik løsning som EU-domstolen skisserer skal gjennomføres i norsk rett. Et alternativ vil kunne være at norske myndigheter går i dialog med EFTA Surveillance Authority (ESA)<sup>142</sup> om hvordan et konkurransevridende tiltak skal unngås. En slik løsning har per dags dato ikke blitt praktisert, men det er likevel ikke tvilsomt at

---

<sup>139</sup> T-26/01.

<sup>140</sup> *ibid.* avsnitt 40.

<sup>141</sup> *ibid.*

<sup>142</sup> ESA er EØS-avtalens overvåkningsorgan, og har kompetanse til å komme med anbefalinger og uttalelser om det EØS-avtalen gjelder, jf. ODA-avtalen art. 4-5.



Forsvaret ved anvendelsen av artikkel 123 bokstav b fortløpende må foreta en vurdering av hvilken betydning det konkrete tiltaket får for det sivile markedet.

## 2.4. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c

Av artikkel 123 bokstav c følger det at en stat kan gjøre de unntak «som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.»

Bestemmelsen synes å skille mellom to tilfeller. Det første tilfellet omfatter situasjoner der det «i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig» oppstår en «alvorlig indre uro som truer den offentlige orden», og hvor det er nødvendig å fatte tiltak som Norge «anser vesentlig for sin sikkerhet».

Det andre tilfellet omfatter situasjoner som medfører at Norge må gjennomføre tiltak «for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet». Unntaket vil blant annet omfatte internasjonale operasjoner som Norge har forpliktet seg til gjennomføre gjennom å være medlem av blant annet FN<sup>143</sup> og NATO<sup>144</sup>.

I høringsnotatet til FOSA har Forsvarsdepartementet angitt at bokstav c bare kan brukes i «klart avgrensede tilfeller», og på grunn av «regelens snevert avgrensede innhold skal den ikke fortolkes utvidende».<sup>145</sup> Høringsnotater har tradisjonelt begrenset rettskildemessig vekt siden notatet er utformet tidlig i lovgivningsprosessen. Som følge av mangelen på rettskilder vedrørende FOSA og artikkel 123, samt at høringsinstansene i hovedsak var enig med forslagene i høringen<sup>146</sup>, må høringsnotatet likevel kunne tillegges noe vekt.

---

<sup>143</sup> De Forente Nasjoner.

<sup>144</sup> North Atlantic Treaty Organization.

<sup>145</sup> Forsvarsdepartementet, *Forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser*, 13.november 2012, s.18

<sup>146</sup> Kongelig resolusjon, 04.oktober 2013, punkt 2.

I flere tilfeller vil det være grunn til å anta at bokstav c omfatter virkeområdet til bokstav a og b. Eksempelvis kan det tenkes at Forsvaret har et akutt behov for å bytte ut ubåtenes sonarsystem ettersom det Russiske forsvaret har klart å gjøre seg kjent med de norske ubåtenes sonarfrekvens. I et slikt tilfelle vil det være behov for å anvende både artikkel 123 bokstav a siden informasjon om «vesentlige sikkerhetsinteresser» berøres, men det vil også være mulig å anvende bokstav c på grunn av «alvorlig internasjonal spenning».

Samtidig vil bokstav c kunne virke som et sikkerhetsnett dersom det på grunn av kriselignende tilfeller er behov for å anvende artikkel 123, uten at anskaffelsen faller innenfor ordlyden i bokstav a og b.

Det er ikke et tilsvarende unntak i artikkel 346. Av den konsoliderte EFTA-konvensjonen artikkel 39 bokstav c fremgår det imidlertid et tilsvarende unntak som etter EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c. Dette forklarer hvorfor det er inntatt et unntak i artikkel 123 som ikke fremgår av artikkel 346, se punkt 2.1.

Imidlertid kan det bemerkes at artikkel 123 bokstav c har store likhetstrekk med artikkel 347 TEUV. Bestemmelsen åpner for at medlemslandene kan fatte særlige tiltak ved «serious internal disturbances» i tilfelle av «war, serious international tension constituting a threat of war» eller dersom tiltaket er nødvendig «in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security».

Både artikkel 123 bokstav c og artikkel 347 TEUV, åpner dermed for å gjøre unntak fra EU/EØS-lovgivningen, «*in extreme crisis situations that threaten its very existence*».<sup>147</sup> Siden EU-retten også anerkjenner at det er behov for å gjøre unntak i slike krisesituasjoner, synes det mindre problematisk at unntaket er inntatt i artikkel 123 bokstav c, selv om unntaket ikke fremgår direkte av artikkel 346 TEUV.

---

<sup>147</sup> Trybus, (2005) s. 168.

Motsatt, er det ikke inntatt en egen bestemmelse i EØS-avtalen som direkte tilsvarer artikkel 347 TEUV. Det fremstår dermed som et lovteknisk spørsmål at unntaket ikke er inntatt i en egen bestemmelse, men i stedet er inntatt i artikkel 123 bokstav c.

I henhold til forsvarsdirektivet<sup>148</sup> er det blant annet adgang til å stille særlige krav til forsyningssikkerheten i tilfeller av «crisis»<sup>149</sup>. Siden artikkel 123 bokstav c omfatter kriselignende situasjoner slik som «alvorlig indre uro» eller «krig», tilsier dette at det må kunne trekkes paralleller fra rettskildene som definerer «crisis» i henhold til forsvarsdirektivet. Videre er formålet med både forsvarsdirektivet og artikkel 123 å ivareta de særlige hensynene som gjør seg gjeldende ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette tilsier ytterligere at bestemmelsene i størst mulig grad bør forstås likt da de til dels søker å ivareta de samme hensynene.

Forsvarsdirektivet artikkel 1 tiende ledd definerer «crisis» som «any situation in a Member State or third country in which a harmful event has occurred which clearly exceeds the dimensions of harmful events in everyday life» I direktivets fortale punkt 54 fremgår det ytterligere at det kan reise seg særlige behov dersom medlemslandene blir «called on to intervene in crisis situations abroad, for instance as part of peace-keeping operations». I en slik situasjon kan Forsvaret ha behov for å tildele en kontrakt «at a speed which is incompatible with the usual deadlines imposed by the award procedures laid down by this Directive.»<sup>150</sup>

Utleddet av dette vil det stå sentralt i vurderingen etter bokstav c om det oppstår en nasjonal uro som overstiger det normale trusselbildet. Det er heller ikke tvilsomt at dersom Norge deltar i fredsbevarende operasjoner, eller krigføring enten for å ivareta nasjonal sikkerhet eller på grunn av internasjonale forpliktelser, så kan bokstav c kunne påberopes. Avgjørende vil

---

<sup>148</sup> Tilsvarende adgang fremgår av FOSA § 8-8 første ledd bokstav f og e, og § 8-12 første ledd bokstav d nummer 2.

<sup>149</sup> Jf. forsvarsdirektivet art. 22 bokstav d og e og art. 28 første ledd bokstav c.

<sup>150</sup> Forsvarsdirektivet, fortalen punkt 54.

være om det i slike tilfeller er nødvendig å fatte tiltak som ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket.

## 3. Rettsvirkningen av at artikkel 123 kommer til anvendelse

### 3.1. Tiltak

Medlemslandene står fritt til å fatte «tiltak» dersom vilkårene for å anvende artikkel 123 er oppfylt.

Ordlyden «tiltak» setter ingen begrensninger for hvilke virkemiddel medlemslandet kan iverksette ved anvendelse av artikkel 123.<sup>151</sup> I KOFA-sak 2003/27 viste nemda til at aktuelle tiltak for eksempel kan være «å sikkerhetsgradere anskaffelsen eller å helt eller delvis unnta den fra lov om offentlige anskaffelser med forskrift, herunder kravet til likebehandling av leverandører.»

### 3.2 Betydningen av artikkel 123 for anvendelsen av anskaffelsesregelverket

#### 3.2.1 Øvrig lovgivning

Dersom artikkel 123 kommer til anvendelse vil hverken LOA<sup>152</sup>, FOA<sup>153</sup> eller FOSA<sup>154</sup> komme til anvendelse. Utgangspunktet er dermed at Forsvaret ved anskaffelser etter artikkel 123 ikke er bundet av EØS-rettslige krav.

---

<sup>151</sup> Adgangen til å fatte «tiltak» begrenses imidlertid av at tiltaket må være proporsjonalt, se punkt 2.1.1.1.

<sup>152</sup> LOA § 3, 2.setning.

<sup>153</sup> FOA § 1-3 annet ledd bokstav a.

<sup>154</sup> FOSA § 1-3 annet ledd bokstav a.

### 3.2.2 Anskaffelsesregelverket for Forsvaret

ARF er en intern instruks<sup>155</sup> for Forsvaret, og er ment å supplere det alminnelige anskaffelsesregelverket dersom dette er uklart eller mangelfullt<sup>156</sup>. I tillegg gjelder ARF i sin helhet dersom artikkel 123 anvendes.<sup>157</sup>

Siden ARF er en intern instruks for Forsvaret er den ikke rettslig bindende, og gir dermed ingen rettigheter til tredjepersoner.<sup>158</sup> Instruksen gir likevel føringer for Forsvaret den tid artikkel 123 påberopes. Spørsmålet blir i den forbindelse om ARF kan bidra til at EØS-avtalens formål oppnås innen forsvarssektoren, til tross for at EØS-avtalen artikkel 123 anvendes.

Formålet med ARF er å «videreføre prinsippet om at forsvarssektorens anskaffelser skal utføres i samsvar med gjeldende lover, forskrifter og overordnede retningslinjer, herunder kravet til likebehandling og iht konkurranseprinsippet».<sup>159</sup> Dette i seg selv tilsier at den tid ARF følges så vil ikke anvendelsen av artikkel 123 i større grad enn nødvendig gripe inn i EØS-avtalens formål.

Videre kan det bemerkes at ARF ivaretar prinsippene som fremgår av Code of Conduct on Defence Procurement (COC).<sup>160</sup> Avtalen ble innført av EDA i 2005, og trådte i kraft 2006. Bakgrunnen for innføringen var at 50 % av forsvarrets anskaffelser i EU ble foretatt utenfor regelverket som følge av artikkel 346<sup>161</sup>. COC er derfor ment å etablere «*a voluntary, non-*

---

<sup>155</sup> FD om ARF, punkt 1.2.1.

<sup>156</sup> Jf. ARF § 1-4 annet ledd. ARF erstatter de tidligere bestemmelser vedrørende anskaffelser til Forsvaret (BAF).

<sup>157</sup> Jf. ARF § 1-4 femte ledd.

<sup>158</sup> FD om ARF, punkt 1.2.1.

<sup>159</sup> FD om ARF, innledningen.

<sup>160</sup> Code of Conduct on Defence Procurement of the EU Member States participating in the European Defence Agency, 21. november 2005.

<sup>161</sup> Baudouin Heuninckx, «Towards a Coherent European Defence Procurement Regime?», *Public Procurement Law Review*, 2008, s. 7.

*binding intergovernmental regime aimed at encouraging application of competition», i de tilfeller hvor artikkel 346 anvendes.<sup>162</sup> Tilnærmet samtlige EU-medlemsland med tillegg av Norge, har ratifisert avtalen.*

ARF og COC innfører imidlertid ingen sanksjoner dersom retningslinjene ikke følges. Det er derfor ingen garanti for at reglene blir fulgt i praksis. Høyesterett slo også fast i Rt.2005 s.843 (Poncho-dommen), at ARF vil ha begrenset betydning med mindre instruksene inngår i selve avtalegrunnlaget mellom partene.<sup>163</sup>

Ettersom ARF angir flere «*kan*»-regler får Forsvaret også en stor skjønnsmargin til å bedømme hvordan reglene skal praktiseres. Den tid Forsvaret ønsker å gjennomføre en anskaffelse uten å ta hensyn til de grunnleggende prinsippene innenfor anskaffelsesregelverket vil dette altså være mulig til tross for ARF.

### **3.3 Sammensatte kontrakter**

Problemstillingen som reiser seg ved anvendelsen av artikkel 123 er hva som er rettsvirkningen dersom bare deler av kontrakten faller innenfor unntaksbestemmelsens virkeområde (heretter betegnet som sammensatte kontrakter). For eksempel kan det tenkes at Forsvaret skal kjøpe en sivil båt, men deler av kontrakten innebærer at det skal monteres våpensystemer i baugen på båten.

Spørsmålet reguleres ikke direkte i EØS-avtalen, og må løses på bakgrunn av alminnelige anskaffelsesrettslige prinsipper. Første problemstillingen som aktualiseres er om det kan inngås en kontrakt som består av forhold som til dels faller innenfor og utenfor artikkel 123.

Dersom en så stor andel av kontrakten som mulig følger anskaffelsesregelverket vil dette bidra til at inngrepet i EØS-avtalen ikke blir større enn nødvendig. Dette i tråd med at artikkel 123 bare skal anvendes i klart definerte unntakstilfeller.

---

<sup>162</sup> COC, s. 1.

<sup>163</sup> Rt.2005. s. 843, avsnitt 29.

Det følger imidlertid av FOSA § 1-4 første ledd at dersom «en kontrakt...både faller innunder» FOA og FOSA, så er det FOSA som skal anvendes. Bestemmelsen regulerer ikke direkte det tilfellet at bare deler av kontrakten faller innenfor artikkel 123. Likevel tilsier § 1-4 første ledd at det ikke er ønskelig med en dobbeltregulering, hvor ulike regelsett regulerer ulike deler av avtalen.

En slik løsning har også gode grunner for seg tatt i betraktning av at en dobbeltregulering vil kunne medføre store usikkerhetsmomenter og tvister mellom partene. Eksempelvis vil det oppstå problemer når anskaffelsen skal kunngjøres siden det etter anskaffelsesregelverket er krav til kunngjøring, mens kunngjøringen vil stride med artikkel 123 bokstav a dersom vesentlige sikkerhetsinteresser røpes.

Etter dette legges det til grunn at kontrakten ikke bare delvis kan reguleres av anskaffelsesregelverket. Spørsmålet blir dermed om hele kontrakten faller innenfor eller utenfor anskaffelsesregelverket ved en sammensatt kontrakt.

Etter FOSA § 1-4 annet ledd følger det at forskriften ikke kommer til anvendelse på «kontrakter hvor hele eller deler av anskaffelsen kan unntas denne forskriften», eller FOA. Det er dermed klart at hele avtalen faller utenfor FOSA dersom deler av kontrakten faller innenfor artikkel 123.

En slik løsning har også gode grunner for seg dersom kontrakten delvis faller innenfor artikkel 123, og delvis innenfor FOA. All den tid artikkel 123 kommer til anvendelse er det fordi anskaffelsesregelverket ikke er egnet til å ivareta de særlige hensynene som gjør seg gjeldende ved anskaffelsen. Av hensyn til nasjonal sikkerhet tilsier dette at hele kontrakten må unntas FOA dersom deler av kontrakten faller innenfor artikkel 123.

En forutsetning for at hele kontrakten skal kunne unntas anskaffelsesregelverket er imidlertid at avtalen ikke kan stykkes opp i flere uavhengige kontrakter, slik at problemstillingen unngås.



Spørsmålet blir dermed når Forsvaret er pliktig til å stykke opp en sammensatt kontrakt i flere uavhengige avtaler.

I henhold til FOSA § 1-4 tredje ledd må tildelingen av én samlet kontrakt være «basert på objektive grunner», og ikke med den hensikt å «unnta kontrakten» fra forskriften. Ordlyden av «objektive grunner» viser til en vurdering av hensikten bak tildelingen av en samlet kontrakt.

Nærmere bestemt må Forsvaret kunne bevise hvorfor de ulike delene av kontrakten har en slik indre sammenheng, at det er nødvendig å tildele én samlet kontrakt.<sup>164</sup> Kommisjonen påpeker at det her må legges til grunn en streng vurdering, og at det særlig må vurderes om det er proporsjonalt å tildele kontrakten samlet ettersom dette medfører at hele avtalen unntas anskaffelsesregelverket.<sup>165</sup>

FOA regulerer ikke direkte spørsmålet om når en avtale må oppstykket i flere kontrakter, men det er av anskaffelsesloven § 5 utviklet et prinsipp om at «oppdragsgiver ikke kan samle ulike ytelser i én kontrakt med mindre det foreligger saklig grunn for det og det er tilknytning mellom ytelsene».<sup>166</sup> Det vil dermed gjelde en tilsvarende vurdering etter både FOA og FOSA når det skal vurderes om en sammensatt kontrakt kan deles opp i flere kontrakter, slik at det ikke er nødvendig å unnta hele kontrakten fra anskaffelsesregelverket.

Avgjørende for om Forsvaret er forpliktet til å oppstykke avtalen i flere uavhengige kontrakter er altså om dette lar seg gjøre. En oppstyking vil eksempelvis ikke være mulig dersom forholdene i avtalen har en slik indre sammenheng, at avtalens formål ikke kan realiseres dersom avtalen deles opp.

---

<sup>164</sup> Kommisjonens veileder, *Field of application*, s. 8.

<sup>165</sup> *ibid.*

<sup>166</sup> Dragsten, s. 254. Se også veileder til FOA, s. 59- 61.

# 4. Innsnevring av rekkevidden til artikkel 123

## 4.1 Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

FOSA gjelder ved «tildeling av offentlig kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet»<sup>167</sup>, og skal «ivareta behovet for å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base»<sup>168</sup>. Siden Forsvaret har fått et spesialtilpasset anskaffelsesregelverk er forhåpningen at det skal bli mindre nødvendig å anvende artikkel 123.<sup>169</sup>

FOSA § 1-3 angir en rekke vilkår og unntak for når forskriften kommer til anvendelse. Eksempelvis vil kontrakter som en stat tildeler en annen stat<sup>170</sup> være unntatt forskriften. Trybus hevder at unntaksbestemmelsene er så omfattende at det bare er 10 % av alle forsvarsanskaffelser som faller innenfor direktivets anvendelsesområde.<sup>171</sup> Dette vil i seg selv begrense betydningen av FOSA i praksis.

Videre kan det bemerkes at prosedyreregulverket som følger av FOSA bare regulerer anskaffelser over den såkalte terskelverdien.<sup>172</sup> Dette innebærer at Forsvaret ved anskaffelser av forsvarsspesifikke varer under terskelverdien bare er forpliktet til å følge de grunnleggende reglene etter FOSA del I.

Spørsmålet oppgaven vil behandle i det følgende er om FOSA innfører regler som i tilstrekkelig grad ivaretar de særlige hensynene som gjør seg gjeldende ved Forsvarets

---

<sup>167</sup> Jf. FOSA § 1-3 første ledd.

<sup>168</sup> Jf. FOSA § 1-1.

<sup>169</sup> Trybus (2014) s. 403.

<sup>170</sup> Jf. FOSA § 1-3 annet ledd bokstav h.

<sup>171</sup> Trybus, (2014) s. 485.

<sup>172</sup> Terskelverdien er bestemmende for hvilke deler av forskriften som kommer til anvendelse, og reguleres av FOSA §§ 2-2 og 2-3. Siden prosedyrereglene etter FOSA bare gjelder for anskaffelser over terskelverdien, er det regelverket for anskaffelser over terskelverdien i FOA som FOSA hovedsakelig vil sammenlignes med.

anskaffelser. Kun de mest sentrale endringene sammenlignet med FOA, vil belyses i oppgaven.

#### **4.1.1 Konkurransesedyrer**

FOSA og FOA angir ulike konkurransesedyrer som bestemmer hvordan en konkurranse skal gjennomføres. FOSA skiller seg på dette området fra FOA ved at det er adgang til å anvende konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, jf. FOSA § 5-1 første ledd.<sup>173</sup> Konkurransesedyren åpner for at Forsvaret kan «forhandle med en eller flere leverandører», jf. FOSA § 4-2 bokstav d.

Begrunnelsen for den utvidede forhandlingsadgangen er at Forsvarets kontrakter kan være særlig komplekse. Behovet for å forhandle kan således være større enn ved alminnelige anskaffelser.<sup>174</sup> Forhandlinger vil også sikre at Forsvarets avtaleparter er fullt ut informert om Forsvarets særskilte behov, slik at risikoen for mangler i avtaleperioden reduseres.<sup>175</sup>

Spørsmålet blir imidlertid om den utvidede forhandlingsadgangen reduserer behovet for å anvende artikkel 123.

Forsvaret må fremdeles kunngjøre konkurransen selv om forhandlingsprosedyren anvendes, og forhandlingsprosedyren kan derfor ikke anvendes ved sensitive anskaffelser hvor kunngjøring er utelukket.

Videre fremgår det av FOSA § 11-11 fjerde ledd at forhandlingsadgangen er begrenset til å gjelde «alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner». Bestemmelsen forutsetter altså at forhandlingene først kan gjennomføres etter at det har blitt innlevert tilbud, siden det er selve «tilbudene» det kan forhandles om.

---

<sup>173</sup> Det er adgang til å gjennomføre konkurranse med forhandling etter FOA, men dette forutsetter at nærmere bestemte vilkår er oppfylt, jf. FOA § 14-1 tredje ledd, jf. § 14-13.

<sup>174</sup> Forsvarsdirektivet, fortalen punkt 47.

<sup>175</sup> *ibid.* fortalen punkt 40.

Det kan bemerkes at det i henhold til FOSA § 5-1 annet ledd i tillegg er adgang til å gjennomføre konkurransepreget dialog den tid vilkårene etter FOSA § 5-2 er oppfylt.<sup>176</sup> Prosedyren innebærer at Forsvaret «i en eller flere runder fører dialog med leverandører om alternative løsninger før det gis konkurrerende tilbud», jf. FOSA § 4-2 bokstav c. En slik dialog vil bare kunne gjennomføres «før» tilbud innleveres.

Etter FOSA kan dermed Forsvaret velge å anvende en prosedyre som åpner for dialog enten før eller etter at tilbud innleveres. Imidlertid finnes det ikke en konkurranseprosedyre som åpner for at Forsvaret kan gå i dialog med potensielle leverandører gjennom hele anskaffelsesprosessen, og om alle sider av anskaffelsen. Dersom en anskaffelse er særlig kompleks slik at behovet for dialog gjelder gjennom hele anskaffelsen, samt alle sider av den endelige avtalen, er dette hensynet ikke ivaretatt av FOSA. I et slikt tilfelle vil artikkel 123 fremdeles kunne påberopes. En forutsetning er imidlertid at Forsvaret kan bevise hvorfor den aktuelle anskaffelsen er så kompleks at anskaffelsesprosedurene i FOSA ikke er tilstrekkelige.

Den utvidede adgangen til å gjennomføre forhandlinger etter forutgående kunngjøring synes dermed ikke å tilfredsstille Forsvarets behov for full fleksibilitet ved særlig komplekse anskaffelser, eller hvor anskaffelsen er så sensitiv at den ikke kan kunngjøres.

En mulig løsning for å redusere behovet for å anvende artikkel 123, kunne være å fjerne adgangen til konkurransepreget dialog<sup>177</sup>, og i stedet åpnet for forhandlinger både før og etter innkomne tilbud, og om alle sider av anskaffelsen. Dette vil imidlertid kunne stride mot hensynet til likebehandling.<sup>178</sup> Samtidig synes det vanskelig å etablere en konkurranseprosedyre som ivaretar alle hensynene som kan tenkes å oppstå ved Forsvarets anskaffelser, samtidig som hensynene til konkurranse og likebehandling ivaretas fullt ut. I henhold til FOSA synes det som at lovgiver i størst grad har valgt å ivareta hensynene til

---

<sup>176</sup> Merk at det ved særlig komplekse kontrakter er adgang til å gjennomføre konkurransepreget dialog i henhold til FOA, jf. § 14-1 annet ledd, jf. § 14-2.

<sup>177</sup> Trybus, (2014) s. 490.

<sup>178</sup> Dersom en leverandør har unnlatt å innlevere tilbud på grunn av det kunngjorte konkurransegrunnlaget, og konkurransegrunnlaget endres i ettertid gjennom forhandlinger, vil leverandøren ha unnlatt å levere tilbud på feilaktig grunnlag. Dermed skjer det en forskjellsbehandling mellom leverandørene.

konkurransen og likebehandling, fremfor Forsvarets behov for full fleksibilitet ved alle typer anskaffelser.

Oppsummert synes altså etableringen av en egenartet konkurranseprosedyre i FOSA å være den mest effektive måten å redusere behovet for å anvende artikkel 123. I stedet har lovgiver valgt å basere seg på allerede eksisterende konkurranseprosedyrer i FOA, slik at Forsvaret fremdeles kan argumentere for at det er nødvendig å anvende artikkel 123 for å få en tilstrekkelig fleksibel anskaffelsesprosedyre.

#### **4.1.2 Informasjonssikkerhet**

Adgangen til å beskytte sensitiv informasjon er avgjørende ved forsvarsspesifikke anskaffelser.<sup>179</sup> FOSA innfører derfor regler som er ment å ivareta Forsvarets behov for informasjonssikkerhet. Informasjonssikkerhet defineres i forsvarsdirektivet som informasjon eller materiale, «to which a certain level of security classification or protection has been attributed», og som på grunn av nasjonale sikkerhetsinteresser i samsvar med nasjonal lovgivning må beskyttes.<sup>180</sup>

En av nyvinningene i FOSA er Forsvarets adgang til å stille krav til hvordan leverandør og underleverandører behandler og oppbevarer gradert informasjon i løpet av hele kontraktens løpetid, samt etter kontraktens opphør. jf. FOSA § 8-9 bokstav a- b. Krav til informasjonssikkerhet kan gjelde som kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterium eller som kontraktsvilkår.<sup>181</sup> Forsvaret står dermed fritt til å fastsette vilkår som sikrer informasjonssikkerheten på ethvert stadium av avtaleprosessen.

Ved at Forsvaret har fått en eksplisitt adgang til å vektlegge informasjonssikkerheten i løpet av hele anskaffelsesprosessen og kontraktens levetid, vil det tilsynelatende være vanskelig å begrunne hvorfor det er nødvendig å anvende artikkel 123. Spørsmålet blir imidlertid om nyinnføringene på området medfører noen faktisk endring i bruken av artikkel 123.

---

<sup>179</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Information*, s. 1.

<sup>180</sup> Forsvarsdirektivet, artikkel 1 (8).

<sup>181</sup> Kommisjonens veileder, *security of information*, s. 1.

Heuninckx hevder at den positive effekten av et mer fleksibelt regelverk for å sikre informasjonssikkerhet er begrenset.<sup>182</sup> Begrunnelsen er at det alminnelige anskaffelsesregelverket ikke har begrenset Forsvarets adgang til å stille krav til informasjonssikkerhet. For eksempel er det ikke et forbud mot å stille krav til sikkerhetklarering i henhold til FOA.<sup>183</sup> Tatt i betraktning av at Forsvaret har hatt en vid adgang til å ivareta informasjonssikkerheten etter FOA kan det derfor hevdes at det ikke blir mindre nødvendig å anvende artikkel 123 etter innføringen av FOSA.

Fordelen ved en eksplisitt regulering av forholdet er at det ikke lengre er tvilsomt at reglene er i samsvar med EU/EØS-lovgivningen.<sup>184</sup> Forsvaret kan dermed ikke hevde at det er nødvendig å anvende artikkel 123 fordi det er tvilsomt hvilke krav som kan stilles til informasjonssikkerheten. Dersom artikkel 123 i dag skal kunne påberopes på grunn av hensynet til informasjonssikkerhet, må altså Forsvaret kunne begrunne hvorfor reglene i FOSA er utilfredsstillende for å oppnå dette formålet.

Et mulig argument i den sammenheng er at det ikke finnes et felles regelverk for gradering og håndtering av sensitiv informasjon i Europa.<sup>185</sup> Medlemslandene står derfor fritt til å definere «which information is to be classified at which level of confidentiality, and each Member State grants its own national security clearances certifying a supplier's capacity to protect classified information.»<sup>186</sup> Forsvaret kan dermed argumentere for at artikkel 123 må anvendes siden det ikke er noen garanti for at europeiske leverandører og underleverandører ivaretar sikkerhetsinformasjon i henhold til norsk lovgivning. Mot dette argumentet kan det anføres at Forsvaret kan stille som et kvalifikasjonskrav at aktuelle leverandører oppfyller kravene i henhold til norsk sikkerhetslovgivning.

---

<sup>182</sup> Baudouin Heuninckx, «The EU Defence and Security Procurement Directive: Trick or treat?», *Public Procurement Review*, 2011, s. 22.

<sup>183</sup> FOA § 3-11 annet ledd.

<sup>184</sup> Trybus, (2014), s. 487.

<sup>185</sup> Se problematiseringen i Kommisjonens veileder, *Security of Information*.

<sup>186</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Information*, s. 1.

Kommisjonen er av den oppfatning at problemet med manglende fellesregulering på området må løses ved inngåelsen av bilaterale avtaler.<sup>187</sup> Videre er det i forsvarsdirektivet artikkel 43 første ledd bokstav j inntatt en plikt om at medlemslandene «*shall recognise security clearances which they consider equivalent to those issued in accordance with their national law*».

En tilsvarende plikt følger ikke av FOSA uten at dette er begrunnet ved innføringen av forskriften. Tilsynelatende medfører dette at Forsvaret ikke er forpliktet til å akseptere sikkerhetsklarering fra andre medlemsland. Homogenitetsmålsettingen tilsier imidlertid at Forsvaret i størst mulig grad bør anerkjenne medlemslandenes sikkerhetslovgivning hvor den er lik sikkerhetsloven, slik at praktiseringen av FOSA og forsvarsdirektivet blir mest mulig samsvarende. Problemstillingen illustrerer imidlertid spørsmålene som kan oppstå på grunn av en manglende felles lovgivning på området. På sikt synes det derfor hensiktsmessig å etablere en felles sikkerhetslovgivning for å styrke EØS-avtalens formål innen forsvarssektoren.

Det kan videre bemerkes at Forsvarsdepartementet er av den oppfatning at FOSA ikke gjelder dersom anskaffelsen berører informasjon som er gradert høyere enn hemmelig.<sup>188</sup> Dette, samt manglende fellesregulering av sikkerhetslovgivningen i Europa, utelukker derfor ikke at artikkel 123 fremdeles kan påberopes av hensyn til informasjonssikkerheten.

### **4.1.3 Forsyningssikkerhet**

Forsyningssikkerhet er av stor betydning for anskaffelser av forsvars- og sikkerhetsmateriell, og er avgjørende i «mange tilfeller og særlig i krisetider, hvor pålitelig og rettidig leveranse kan være svært avgjørende for det enkelte medlemsland».<sup>189</sup> Det er ingen definisjon av forsyningssikkerhet i FOSA. I veiledningen til forsvarsdirektivet defineres imidlertid forsyningssikkerhet som kontraktsvilkår som skal sikre «reliable and in-time delivery of sufficient quantities of defence and security equipment services, as well as continuous

---

<sup>187</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Information*, s. 5.

<sup>188</sup> Høringsnotat til FOSA, s. 31.

<sup>189</sup> *ibid.* s. 28. Se også Kommisjonens veiledningsnotat, *Security of Supply*, s. 1.

availability of maintenance and repair capabilities, spare parts and other support in all conditions, especially in crisis situations».<sup>190</sup>

Forsvarsmateriell er ofte ment å vare over flere år, og innenfor et område hvor det skjer stadige teknologiske utviklinger. Til illustrasjon kan det vises til Forsvarets bruk av F-16 fly som har vart fra 1980 frem til i dag.<sup>191</sup> Dette reiser særlige problemstillinger tilknyttet hvordan hensynene til kompetanse, oppdateringer og moderniseringer over flere år skal sikres.<sup>192</sup>

For at forsyningsikkerheten skal ivaretas er det viktig at leverandøren har den nødvendige industrielle kapasitet slik at avtalt kvantum kan leveres innen avtalt tid.<sup>193</sup> Videre er det av stor betydning at nødvendige eksportlisenser foreligger gjennom hele varens levetid.<sup>194</sup> En ytterligere utfordring er at både politiske og juridiske forhold berøres ved spørsmål om forsyningsikkerhet. For eksempel vil det kunne få avgjørende betydning for et norsk selskap som bare leverer våpen til det norske Forsvaret dersom en våpenkontrakt blir tildelt et annet medlemsland. I et slikt tilfelle vil det reise seg et politisk spørsmål om det er ønskelig at Norge har en egen våpenindustri slik at forsyningsikkerheten sikres, samt et juridisk spørsmål om Norge handler i strid med lovgivningen dersom kontrakten tildeles en nasjonal leverandør.

Behovet for forsyningsikkerhet ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan til dels forklare proteksjonismen som preger den europeiske forsvarsindustrien. Dette fordi forsyningsikkerhet har blitt ivaretatt ved kontraktstildeling til nasjonale leverandører eller ved bruk av gjenkjøpsavtaler.<sup>195</sup> Ved tildeling av nasjonale kontrakter sikres etablering eller

---

<sup>190</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Supply*, s. 2.

<sup>191</sup> Forsvarets hjemmesider.

<sup>192</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Supply*, s. 1.

<sup>193</sup> *ibid.*

<sup>194</sup> *ibid.*

<sup>195</sup> Heuninckx, (2011), s. 23.



opprettholdelse av nasjonal forsvarsindustri, og ved bruk av gjenkjøpsavtaler sikres inntekter til nasjonale leverandører til tross for at avtalen er tildelt en internasjonal leverandør.<sup>196</sup>

Forsvarets særskilte behov for forsyningssikkerhet er forsøkt løst gjennom FOSA. I det følgende vil det gis en redegjørelse for de vesentligste endringene sammenlignet med FOA, og hvilken betydning endringene kan få for bruken av artikkel 123.

FOSA § 8-8 bokstav a- i angir en rekke krav Forsvaret kan stille til leverandøren for å ivareta forsyningssikkerheten. Blant annet kan det stilles krav til eksport, overførsel og transitt av varer<sup>197</sup> og leverandørens forsyningskjede<sup>198</sup>. Listen er ikke uttømmende<sup>199</sup>, og kravene kan gjelde både som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterium og kontraktsvilkår<sup>200</sup>.

I tillegg innfører FOSA § 8-12 regler som innebærer at Forsvaret kan kreve bevis på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner. Blant annet kan Forsvaret kreve en beskrivelse av leverandørens tekniske personell og enheter som leverandøren benytter<sup>201</sup>, samt sertifikat utstedt av «godkjente offisielle institutter eller organer for kvalitetskontroll»<sup>202</sup>.

Forsvaret har derfor en betydelig adgang til å stille krav som skal sikre forsyningssikkerheten. Spørsmålet blir om denne adgangen tilsier at det ikke lengre er nødvendig å anvende artikkel 123 for å ivareta Forsvarets behov for forsyninger.

Når en vare skal krysse landegrenser er det alltid en mulighet for at handelshindringer oppstår. Kommisjonen anerkjenner at det alltid vil være en risiko for at leverandøren får avvist

---

<sup>196</sup> *ibid.*

<sup>197</sup> FOSA § 8-8 første ledd bokstav a.

<sup>198</sup> FOSA § 8-8 første ledd bokstav c- d.

<sup>199</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Supply*, s. 2.

<sup>200</sup> *ibid.* s. 4.

<sup>201</sup> FOSA § 8-12 første ledd bokstav b nr.1.

<sup>202</sup> FOSA § 8-12 første ledd bokstav b nr.2.

søknaden om eksportlisens selv om dette sjelden vil skje innad blant medlemslandene.<sup>203</sup> Risikoen er forsøkt avhjulpet ved innføringen av dir.2009/43/EC<sup>204</sup>, som er ment å minimere risikoen for manglende innvilgelse av eksportlisenser gjennom etableringen av et felles regelverk på området.<sup>205</sup> Likevel vil det kunne tenkes tilfeller hvor EU/EØS-landene anvender underleverandører fra tredjeland slik at Forsvaret likevel må forholde seg til regelverk som ikke er i samsvar med EU-retten.<sup>206</sup> Risikoen for manglende innvilgelse eller bortfall av eksportlisenser i løpet av kontraktens løpetid vil derfor ikke kunne elimineres fullt ut.

Videre kan det bemerkes at selv om det er positivt at Forsvaret får adgang til å sile ut leverandører som ikke kan ivareta forsyningssikkerheten, så innfører FOSA ingen garanti mot kontraktsbrudd som følge av force majeure, handelshindringer, endrede politiske spenninger eller krisesituasjoner. Det kan også tenkes tilfeller hvor økonomien til et selskap har gode fremtidsutsikter ved kontraktsinngåelsen, men på grunn av endrede samfunnsforhold som påvirker selskapets økonomi vil selskapet likevel ikke klare å oppfylle kontraktsvilkårene.

Det kan vanskelig tenkes kontraktsvilkår som kan garantere for at det ikke oppstår mangler ved kontrakten. Konsekvensene av et kontraktsbrudd, og usikkerhetsmomenter tilknyttet mulige handelshindringer, kan imidlertid elimineres dersom det kan stilles krav om at produksjonen skal skje i Norge slik at varen ikke trenger å krysse landegrensener.

Spørsmålet blir dermed om FOSA åpner for at det kan stilles kontraktsvilkår om nasjonal produksjon.

---

<sup>203</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Supply*, s. 1.

<sup>204</sup> Forskriften er gjennomført i norsk rett ved forskrift 19. juni 2013 nr. 718 om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjenester.

<sup>205</sup> Kommisjonens veileder, *Security of Supply*, s. 2.

<sup>206</sup> *ibid.*

FOSA § 8-8 er som nevnt ikke uttømmende, og Forsvaret kan fastsette nødvendige vilkår for at forsyningssikkerheten skal ivaretas.

Samtidig følger det av LOA § 5 femte ledd boksta a og FOSA § 3-2 annet ledd at leverandører ikke kan diskrimineres på bakgrunn av nasjonalitet. Diskrimineringsforbudet setter grenser for hvilke krav som kan stilles etter FOSA, og det kan ikke stilles «*kvalifikasjonskrav som vil være vanskeligere å oppfylle for utenlandske leverandører enn for nasjonale leverandører*».<sup>207</sup> Ved at det stilles krav om nasjonal produksjon vil nasjonale leverandører få en fordel da nasjonale leverandører allerede er etablert i Norge, i motsetning til internasjonale aktører. I utgangspunktet vil et slikt vilkår dermed stride mot diskrimineringsforbudet, slik at vilkåret ikke kan stilles.

Det er imidlertid antatt innenfor anskaffelsesretten at det kan kreves konkret tilstedeværelse fra oppdragsgiver dersom det er saklig grunnlag for et slikt krav.<sup>208</sup> Kravet må i så fall ikke formuleres strengere enn nødvendig.<sup>209</sup> Forsvaret vil kunne hevde at det er strengt nødvendig at visse typer varer produseres nasjonalt fordi leveranse av varen er essensielt for å ivareta nasjonal sikkerhet. For eksempel vil Norge ha et særlig behov for å motta forsyninger av ammunisjon i en krigssituasjon.

Ved en slik argumentasjon, er Forsvaret imidlertid over i vurdering av om varen er «uunnværlig for forsvarsformål», og dermed må kunne unntas anskaffelsesregelverket etter artikkel 123 bokstav b. Når det ikke er eksplisitt angitt at det kan stilles krav til nasjonal produksjon i henhold til FOSA § 8-8, kan derfor Forsvaret argumentere for at det er nødvendig å anvende artikkel 123 bokstav b. Siden artikkel 123 bokstav b gir Forsvaret større fleksibilitet er det også grunn til å anta at Forsvaret vil velge å argumentere for hvorfor det er

---

<sup>207</sup> Dragsten, s. 326.

<sup>208</sup> Dragsten, s. 350.

<sup>209</sup> *ibid.*

nødvendig å anvende artikkel 123, fremfor at det argumenteres for hvorfor det er en saklig grunn til å stille krav om nasjonal produksjon i henhold til FOSA § 8-8.

Etter dette synes det noe uklart om det kan stilles krav til nasjonal produksjon etter FOSA § 8-8. Frem til det kommer en klargjøring av problemstillingen vil Forsvaret fremdeles kunne argumentere for at det er nødvendig å anvende artikkel 123 for å ivareta forsyningssikkerheten, i henhold til varer av særlig viktighet for rikets sikkerhet. Det er derfor behov for en nærmere klargjøring av spørsmålet i rettspraksis, eller at Kommisjonen kommer med en mer detaljert redegjørelse av hvilke krav som kan stilles i henhold til FOSA § 8-8.

#### **4.1.4 Gjenkjøp**

Gjenkjøp er ment å kompensere for Forsvarets kjøp i utlandet<sup>210</sup> ved at det stilles krav til at utenlandske leverandører inngår industrielt samarbeid med norske bedrifter.<sup>211</sup> Herunder kan det skilles mellom direkte og indirekte gjenkjøpsavtaler.<sup>212</sup>

Direkte gjenkjøp er når leverandøren pålegges å benytte seg av nasjonal forsvarsindustri for å gjennomføre avtalen. Til illustrasjon kan det stilles krav om at et norsk selskap får produsere delene til det militære flyet som skal leveres. Indirekte gjenkjøp kan enten være indirekte militære, eller indirekte sivile. Indirekte militære gjenkjøpsavtaler foreligger dersom det stilles krav om at leverandøren investerer i den nasjonale forsvarsindustrien, uten at dette har en direkte sammenheng med den konkrete avtalen. En indirekte sivil gjenkjøpsavtale innebærer at det stilles krav om at leverandøren skal investere i den sivile industrien, selv om den konkrete kontrakten gjelder militære forhold. Eksempelvis at Forsvaret krever at leverandøren importerer biler fra en bilprodusent.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> Kommisjonens veileder, *Offsets*, s. 1.

<sup>211</sup> Høringsnotat til FOSA, s. 45.

<sup>212</sup> Kommisjonens veileder, *Offsets*, s. 1.

<sup>213</sup> *ibid.*

Tradisjonelt har bruk av gjenkjøpsordninger spilt en «nøkkelrolle» for den norske forsvarsindustrien<sup>214</sup>, og har bidratt til at norsk forsvarsindustri har kunnet levere varer og tjenester til andre land i Europa til tross for utvidet proteksjonisme på området<sup>215</sup>.

#### **4.1.4.1 Vilkår for bruk av gjenkjøpsavtaler**

Gjenkjøpsordningen bidrar til favorisering av nasjonal forsvarsindustri, og Kommisjonen har fastslått at ordningen strider med EU/EØS-lovgivning som er ment å sikre likebehandling av nasjonal og europeisk handelsindustri.<sup>216</sup> En forutsetning for å inngå gjenkjøpsavtaler er derfor at anskaffelsen gjennomføres utenfor anskaffelsesregelverket.

Siden gjenkjøpsavtaler ikke bidrar til å hindre spredningen av opplysninger vedrørende vesentlige sikkerhetsinteresser vil artikkel 123 bokstav a ikke åpne for bruk av gjenkjøpsavtaler. Gjenkjøpsordninger relaterer seg heller ikke til kriselignende situasjoner, og kan heller ikke begrunne anvendelsen av artikkel 123 bokstav c. Vilkårene i henhold til artikkel 123 bokstav b må derfor være oppfylt for at det skal kunne inngås en gjenkjøpsavtale.

I all hovedsak vises det til oppgavens punkt 2.3 vedrørende artikkel 123 bokstav b. I tillegg kan det vises til Kommisjonens uttalelser om at «economic considerations are not accepted as grounds for justifying restrictions to the freedoms guaranteed by the Treaty».<sup>217</sup> Hovedregelen er derfor at de økonomiske fordelene av å avtale gjenkjøp, ikke kan begrunne anvendelsen av artikkel 123 bokstav b.

---

<sup>214</sup> NOU (2005) 04, s. 75.

<sup>215</sup> *ibid.* s. 76.

<sup>216</sup> Kommisjonens veileder, *Offsets*, s. 1.

<sup>217</sup> Kommisjonens veileder, *Offsets*, s. 7.

#### 4.1.4.2 Forbud mot gjenkjøpsavtaler

Problemet som rettstilstanden illustrerer er at bruken av gjenkjøpsordninger har vært utbredt til tross for at adgangen til å anvende artikkel 123 er snever. Dette indikerer at medlemslandene har brukt gjenkjøpsavtaler som et politisk virkemiddel uten at det nødvendigvis har vært et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for dette.

Spørsmålet blir dermed om bruken av gjenkjøpsavtaler vil reduseres etter innføringen av FOSA.

Kommisjonens veileder vedrørende gjenkjøpsavtaler i henhold til forsvarsdirektivet, vil i seg selv sette et politisk fokus på at det ikke er ønskelig at denne typen avtaler skal anvendes i Europa. Etter at forsvarsdirektivet ble innført har dette medført at alle medlemslandene har «*withdrawn or revised their national offset legislation*». Kommisjonen har også gitt uttrykk for at organet vil fortsette arbeidet med å redusere antallet gjenkjøpsordninger.<sup>218</sup> All den tid resten av Europa reduserer bruken av gjenkjøpsavtaler legger dette press på det norske Forsvaret om å gjøre det samme.

Selv om det ikke er noe eksplisitt forbud mot gjenkjøpsavtaler i FOSA, vil forskriftens krav til likebehandling og ikke-diskriminering forby slike gjenkjøpsordninger.<sup>219</sup> Den tid FOSA medfører at det blir mindre nødvendig å anvende artikkel 123 vil dette også medføre at hjemmelsgrunnlaget for å avtale gjenkjøp innskrenkes. Adgangen til å avtale gjenkjøp vil etter innføringen av FOSA derfor være snever, hvilket kan få store økonomiske konsekvenser for den norske forsvarsindustrien. Dersom det skal skje en nedtrapping av gjenkjøpsavtaler er det derfor en viktig forutsetning at Europas forsvarsindustri i praksis åpnes opp, slik at den norske forsvarsindustrien er sikret inntekter til tross for reduksjonen av gjenkjøpsavtaler.

---

<sup>218</sup> Rapport, Kommisjonen, COM (2013) 0542 final, s. 7.

<sup>219</sup> Høringsnotat til FOSA, s. 45.

## 5. Avsluttende refleksjoner

FOSA trådte i kraft i Norge 1.januar 2014, og det er fremdeles usikkert i hvilken grad forskriften kommer til å redusere trusselen som artikkel 123 utgjør mot EØS-avtalens formål innenfor forsvarssektoren. Forhåpningen er at et nytt anskaffelsesregelverk for Forsvaret skal «break down trade barriers for defence-related products, stimulate common production projects, make EU defence companies more competitive and contribute to the consolidation of the internal market».<sup>220</sup> Det er i dag et pågående arbeid for å kartlegge betydningen av direktivet i EU, og en endelig rapport vil foreligge en gang før 30.juni 2016.<sup>221</sup> Tall fra EDA, viser imidlertid at de militære kostnadene i Europa har blitt redusert med 10% i perioden fra 2006 til 2011, og med 3 % fra 2011 til 2012.<sup>222</sup> Dette kan indikere at forsvarsdirektivet og de øvrige tiltakene som er gjennomført for å etablere en felles forsvarsindustri begynner å få en virkning.

Innføringen av FOSA er bare en del av Europas «forsvarspakke»<sup>223</sup>, og vil i praksis samvirke med øvrige tiltak slik som opprettelsen av EDA og innføringen av COC. I tiden fremover vil det vise seg om det blir ansett som nødvendig å innføre ytterligere tiltak, for eksempel ved at det etableres en felles sikkerhetslovgivning.

En av fordelene ved innføringen av FOSA er at det skjer en bevissthet rundt Forsvarets anskaffelser, hvilket kan medføre en økt klage- og prøvingsintensitet ved bruk av artikkel 123. Kommisjonen tolkningsuttalelse til artikkel 346, samt innføringen av FOSA, vil videre medføre at det stilles strengere krav til Forsvarets begrunnelse for hvorfor det er nødvendig å anvende artikkel 123. Etter innføringen av FOSA vil det dermed ikke kunne skje en

---

<sup>220</sup> Rapport, Kommisjonen, COM (2012) 0359 final., s. 4.

<sup>221</sup> *ibid.* s. 14.

<sup>222</sup> EDA sine hjemmesider, rapport, s. 4.

<sup>223</sup> Trybus, (2014), s. 59.

automatisk bruk av artikkel 123 ved forsvarets anskaffelser, slik som tidligere praksis har vært.

Som oppgaven illustrerer er det imidlertid fremdeles mulig å argumentere for hvorfor det er nødvendig å anvende artikkel 123. For eksempel vil usikkerhetsmomentene vedrørende forståelsen av FOSA kunne benyttes av Forsvaret for å begrunne bruken av unntaksbestemmelsen. Det er derfor et behov for en klargjøring av forskriften i rettspraksis, hvilket forutsetter at leverandørene i markedet klager på anvendelsen av artikkel 123 hvor bruken synes urettmessig.

Videre er det fremdeles et nasjonalt anliggende å definere og ivareta nasjonal sikkerhet, og det må antas at domstolene fremdeles vil være tilbakeholdne med å overprøve proporsjonaliteten av tiltak som treffes for å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser. EØS-avtalens formål vil derfor aldri kunne oppnås fullt ut innenfor forsvarssektoren den tid det er et nasjonalt anliggende å ivareta egne sikkerhetsinteresser.

Et ytterligere problem synes å være at medlemslandenes vilje til å oppnå EØS-avtalens formål innen forsvarssektoren er varierende. De fleste medlemslandene er allierte i NATO, det er allerede samarbeid innenfor våpenutviklingsprogrammer, og det er ingen store varer som ikke har komponenter produsert av utenlandske leverandører.<sup>224</sup> Henvisningen til nasjonal sikkerhet kan dermed synes å ha blitt brukt som en unnskyldning for å anvende artikkel 346/123. Det synes dermed ikke å være en manglende vilje til å samarbeide blant medlemslandene, men en manglende vilje til å samarbeide på bakgrunn av reglene fastsatt i anskaffelsesregelverket. For at EØS-avtalens formål innen forsvarsindustrien skal oppnås, er det derfor en forutsetning at det etableres en større fellesskapsfølelse innen forsvarssektoren i Europa.

---

<sup>224</sup> Trybus, (2014), s. 108.



Det er også interessant å følge med på utviklingen innenfor bruken av gjenkjøpsavtaler. Kommisjonen har gitt klart uttrykk for at det ikke er ønskelig med slike ordninger i Europa, og at det vil være en økt prøvingsintensitet ved bruken av slike avtaler. I den sammenheng er det et paradoks at Forsvarsdepartementet så sent som i 2012 la opp til en «kvalitativ styrking av gjenkjøpsordningen».<sup>225</sup> Dette til tross for at forsvarsdirektivet ble innført i 2009, og at Kommisjonen det samme året kom med en veiledning som i stor grad kritiserer ordningen.

Et forbud mot gjenkjøpsavtaler i Europa reiser også en rekke praktiske problemstillinger. For eksempel vil det være vanskelig å gjennomføre en anbudskonkurranse hvor det kan kreves gjenkjøp fra USA, men ikke fra Frankrike. Videre vil det være vanskelig å gjennomføre samarbeidsavtaler hvor det kreves at New Zeland må investere i norsk forsvarsindustri, mens et tilsvarende vilkår ikke kan stilles overfor Tyskland. Det er derfor behov for en klargjøring av hvordan et forbud mot gjenkjøpsavtaler i EU/EØS skal praktiseres uten at dette går utover forsvarsindustrien økonomi og muligheter til å samarbeide med 3.land.

I hvilken grad det er ønskelig å redusere bruken av artikkel 346/123 slik at det kan etableres en felles forsvarsindustri i Europa, er i stor grad et politisk spørsmål. For medlemslandene kan det synes særlig problematisk at en styrket europeisk forsvarsindustri, vil innebære «loss of a substantial part of national sovereignty».<sup>226</sup> Imidlertid vil «decreasing defence budgets and increasing equipment costs as well as the fierce competition from the USA and the Russian Federation»<sup>227</sup>, tilsi at det er behov for å etterstrebe et økt handelssamarbeid innenfor forsvarssektoren i Europa.

---

<sup>225</sup> Forsvarsdepartementets nettsider.

<sup>226</sup> Trybus (1999), s. 219.

<sup>227</sup> *ibid.*

# Litteraturliste

## LOVER OG KONVENSJONER

- |                   |  |
|-------------------|--|
| EFTA-konvensjonen | Konsolidert versjon av Konvensjonen om opprettelse av Det europeiske frihandelsforbund, 21.juni 2001.                            |
| EØS-loven         | Lov 27.november nr. 109, 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. |
| EØS-avtalen       | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde   |
| LOA               | Lov 16.juli nr. 669,1999 om offentlige anskaffelser  |
| ODA-avtalen       | Avtale mellom EFTA-landene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en Domstol   |

## FORSKRIFTER

- |   |   |
|---|---|
| Forskrift om eksport av forsvarsmateriell mv. | Forskrift 19.juni 2013 nr. 718, om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjenester |
|---|---|

FOSA	Forskrift 4.oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser
FOA	Forskrift 7.april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser
FOR	Forskrift 7.april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektoren
KOFA	Forskrift 15.november 2002 nr. 1288 om klagenemd for offentlige anskaffelser

#### **INSTRUKS**

ARF	Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren, 25.oktober 2013, nr. 1411.
-----	--

#### **LOVFORARBEIDER OG RESOLUSJONER**

Kongelig resolusjon 4.oktober 2013	Fastsettelse av forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene.
Meld.St. 49 (2012-2013)	Eksport av forsvarsmateriell fra Norge i 2012, eksportkontroll og internasjonalt ikke-spredningssamarbeid.
Meld. St. 5 (2012-2013)	EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU, Sentrale prioriteringer og virkemidler i norsk europapolitikk.

Høringsnotat til FOSA	Forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, 13. november 2012.
St.meld. nr. 38 (2006- 2007)	Forsvaret og industrien - strategiske partnere.
NOU 2005: 04	Industrien mot 2020 – kunnskap i fokus.
NOU 1997: 21	Offentlige anskaffelser
St. prp. nr. 65 (1993- 94)	Om resultatet av Uruguay-runden (1986- 1993) og om samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m.
St.prp. nr. 100 (1991-92)	Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.
Ot.prp. nr.79 (1991-1992)	Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

#### **EU-LOVGIVNING OG INTERNASJONALE AVTALER**

Anskaffelsesdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF, 31.mars 2004, <i>on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts</i>
------------------------	---

Code of conduct	Code of Conduct 21.november 2005, <i>on Defence Procurement of the EU Member States participating in the European Defence Agency.</i>
Direktiv om eksport av forsvars- materiell	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/43/EF 6.mai 2009, <i>simplifying terms and conditions of transfers of defence-related products within the Community.</i>
EU-traktaten	Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union nr. C 326/50, 26.oktober 2012.
Forsvarsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/81/EF 13 July 2009, <i>On the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC.</i>
GPA-avtalen	Revised agreement on government procurement, GPA/113, 30.mars 2012.
NATO anskaffelsesregelverk	NSPO Procurment Regulation No. 4200, 10.desember 2013.

## **DOMSREGISTER OG AVGJØRELSER**

### HØYESTERETT

Rt.2000. s. 1811 (Finanger I)

Rt.2005. s. 1638 (Ponco-dommen)

KOFA

Sak 2003/27 (Feltsykehus-saken)

EU-DOMSTOLEN

C-222/84 (Johnston)

C-273/97 (Sirdar)

C-414/97 (Den spanske våpen-saken)

C-252/01 (Fly-foto saken)

C-337/05 (Augusta-saken)

C-615/10 (Dreieplattform-saken)

EUs FØRSTEINSTANS DOMSTOL

T-26/01 (Fiocchi-saken)

RÅDET

Rådets avgjørelse, 255/58 15 April 1958

## **RAPPORTER**

Rapport, Kommisjonen (2013)

COMMUNICATION FROM THE  
COMMISSION TO THE EUROPEAN  
PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE  
EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL  
COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF  
THE REGIONS, COM (2013) 0542 final, Brussel

24.juli 2013, *Towards a more competitive and efficient defence and security sector.*

Rapport, Kommisjonen (2012)

REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL, COM (2012) 0359 final, Brussel 29.juni 2012, *on transposition of Directive 2009/43/EC simplifying terms and conditions for transfer of defence-related products within the EU.*

Rapport, Kommisjonen (2005)

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT, COM(2005) 626 final, Brussel 6.desember 2005, *on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives.*

#### **HANDLINGSPLANER, GREEN PAPER**

Rådets handlingsplan

Council Joint Action, 2004/551/CFSP, 17.juli 2004, *on the establishment of the European Defence Agency.*

Green paper

Kommisjonen, COM(2004)608 final, Brussel 23.oktober 2004, *Defence Procurement.*

#### **TOLKNINGSUTTALELSER, VEILEDNINGER**

Kommisjonens veiledere

Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security:

Research and development

Security of Supply

Offsets

## Security of Information

Veileder, FOA

Fornyings- og administrasjonsdepartementet  
01.juli 2012, oppdatert desember 2013, *Veileder  
til reglene om offentlige anskaffelser.*

FD om ARF

Forsvarsdepartementet, Anskaffelsesregelverket  
for forsvarssektoren, revidert utgave 14.mars  
2008.

Kommisjonens

tolkningsuttalelse

INTERPRETATIVE COMMUNICATION,  
COM(2006) 779 final, Brussel 7.desember 2006,  
*on the application of Article 296 of the Treaty in  
the field of defense procurement.*

Brev fra FD

Forsvarsdepartementet, skriv Forsvarsstaben  
19.september 2005, ref.1998/01100-183/FD/ V/  
SLB - EØS-avtalens art.123

### LITTERATUR

Arnesen m.fl.

Arnesen, Finn, Are Stenvik, *Internasjonalisering  
og juridisk metode* (Oslo 2009)

Dragsten

Dragsten, Marianne, *OFFENTLIGE  
ANSKAFFELSER, Regelverk, praksis og  
løsninger*, (Oslo 2013)

Gundersen

Gundersen, Frank Fridjof, *EU ETTER LISBOA-  
TRAKTATEN Institusjoner, rettsystemer og  
rettsregler*, (Oslo 2010)



Sejersted m.fl. Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 2.utgave (Oslo 2004)

Trybus (1999) Trybus, Martin, *EUROPEAN DEFENCE PROCUREMENT LAW, International and National Procurment Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe*, (Berkshire 1999)

Trybus (2005) Trybus, Martin, 2005, *European Union Law and Defence Integration*, (Cornwall 2005)

Trybus (2014) Trybus, Martin, 2014, *Buying Defence and Security in Europe*, (Cambridge 2014)

#### **ARTIKLER I TIDSSKRIFT**

Georgopoulos Georgopoulos, Aris, «The Commission's Interpretive Communication on the Application of Article 296 EC in the Field of Defence Procurement», *Public Procurement Review*, 2007, volum 16, utgave 3.

Heuninckx (2008) Heuninckx, Baudouin, «Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives», *Public Procurement Review*, 2008, vol. 17, utgave 1.

Heuninckx (2011)

Heuninckx, Baudouin, «The EU Defence and Security Procurement Directive: Trick or treat?» (2011), *Public Procurement Review*, vol. 20, utgave 1.

Mathisen

Mathisen, Gjermund, «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», *Jussens Venner*, 2007, vol. 42.

#### KILDER FRA INTERNETT

**EDA sine hjemmesider**, *EDA pMS Aggregated Defence Data 2012*, s.4, lokalisert 24.november 2014 på World Wide web:

<http://www.eda.europa.eu/docs/default-source/eda-publications/defence-data-booklet-2012-web>

**Rettsdata**, Bull, Henrik, *Lovkommentar til EØS-avtalen artikkel 123*, note 213, lokalisert 20.november 2014 på World Wide Web:

<http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19921127z2D109z2D1z2EART123>

**Forsvarets hjemmesider**, *F-16 er et kompakt multirolle kampfly*, lokalisert 24.november 2014 på World Wide Web:

<http://forsvaret.no/om-forsvaret/utstyrsfakta/luft/Sider/f-16.aspx>

**Forsvarsdepartementets hjemmesider**, *Industrielt samarbeid*, lokalisert 25.november 2014 på World Wide Web:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fd/tema/forsvaret-og-industrien/industrielt-samarbeid.html?id=528526>



