

---

## NOTAT

|                    |                       |
|--------------------|-----------------------|
| Til:               | Forsvarsdepartementet |
| Fra:               | Wikborg Rein          |
| Dato:              | 16. juni 2015         |
| Ansvarlig partner: | Ola Ø. Nisja          |

---

## Salg av materiell – adgang til avvisning av konkrete kjøpere

### 1 INNLEDNING

Vi er ved bestilling av 29. mai bedt om vurdere det juridiske handlingsrommet for Forsvaret til å kunne avslå tilbud om kjøp/unnløst å selge materiell til enkeltpersoner eller et konkret selskap, herunder salg i forbindelse med auksjon. Vi er bedt om å ta i betraktning internt regelverk i staten og forsvarssektoren tilknyttet avhending av statlige eiendeler. Forsvarsdepartementet har presisert at vurderingen gjelder materiell som ikke er omfattet av eksportkontrollregelverkets varelistene (liste I og II).

Ved salg av materiell inngår Forsvaret en privatrettslig avtale med en kjøper om salg av materiell mot vederlag. Utgangspunktet er at også det offentlige har avtalefrihet ved inngåelse av kontrakter. Dette gjelder både vilkårene for salget og med hensyn til hvem som er kjøper. Forsvaret står dermed i utgangspunktet fritt til å selge materiell til den kjøper man måtte ønske. Problemstillingen er dermed om det foreligger noen begrensninger i forhold til dette utgangspunktet. Vi vil drøfte mulige begrensninger opp mot internt regelverk pålagt Forsvaret, EØS-rettslige begrensninger og mer generelle krav til saklighet hos offentlige myndigheter. Basert på dette vil vi oppsummere våre vurderinger avslutningsvis.

Dette notatet behandler kun adgangen til å ikke selge til en kjøper på grunn av forhold ved kjøperen. Vi behandler ikke spørsmålet om hvilken frihet Forsvaret har til å utøve en skjønnsmessig vurdering av godheten i hva materiellet skal brukes til og ikke selge til høystbydende, altså forhold knyttet til hvordan materiellet skal utnyttes, ikke forhold knyttet til kjøperen som sådan.

### 2 INTERNT REGELVERK I STATEN OG FORSVARET

Regjeringen har i rundskriv av 18. desember 1987 fastsatt normalinstruks for utrangering og kassasjon av materiell og bygninger samt for avhending av materiell som tilhører staten. § 9 fastsetter at "*salg skal foretas på den måte som gir størst økonomisk utbytte*". § 10 oppstiller ulike alternative prosedyreformer for å gjennomføre salg. Salg skal i utgangspunktet skje ved auksjon eller etter offentlig kunnngjøring. § 11 fastsetter nærmere prosedyreregler. Det gis regler om at det kan fastsettes innskrenkninger i bruken av materiellet, men det er ikke regulert om at det kan oppstilles krav til kjøper.

Forsvarsdepartementet har 15. juni 2012 gitt retningslinjer for materiellforvaltning i forsvarssektoren. Det er i punkt 7 gitt regler om utfasing av materiell. I punkt 7.5 er det i kulepunktform gitt føringer for hvordan avhending skal skje. Materiell skal avhendes på den mest totaløkonomiske måte for forsvarssektoren. Etaten skal ved avhendingsmetode vurdere dette i et bredere perspektiv enn det rent monetære. Ved bruk av salg som metode skal det foretas på den måten som gir størst økonomisk utbytte.

Sjef Forsvarets logistikkorganisasjon har 9. september 2011 gitt bestemmelser for materiellforvaltning i Forsvaret til bruk i Forsvaret. Bestemmelsene viderefører og utdyper reglene gitt av Forsvarsdepartementet. Det er i kapittel 7 gitt regler om utfasing av materiell. Punkt 7.7 regulerer avhending av materiell. Punkt 7.7.1 fastsetter at avhending av materiell skal være totaløkonomisk fordelaktig for staten. Det innebærer blant annet at det skal legges vekt på avhendingsinntekter, avhendingskostnader, lagerkostnader, alternativ bruk, fokus på kjernevirksomhet, omstillingsmål og omdømme. Vi antar at omdømme kan være knyttet til en god økonomiforvaltning i staten, men også til bruken av avhendet materiell. Punkt 7.7.3.1 fastsetter at materiell som skal selges, skal utbys på den måte til den tid og sted som antas å ville gi det beste økonomiske resultatet. Punkt 7.7.4 gir regler om offentlig kunngjøring, herunder den informasjonen som skal inkluderes. Det fastsettes at kunngjøringen skal inneholde opplysninger om eventuelle innskrenkninger i bruk av materiellet.

De tre regelsettene om avhending av materiell synes å være gitt for å sikre en forsvarlig forvaltning i staten. Regelsettene fokuserer på hvem som kan fatte beslutninger om avhending og at dette skal gjøres ved konkurranse som sikrer et best mulig økonomisk utbytte. Det er gitt noen helt enkle prosedyrekra, men disse vil måtte suppleres ved den enkelte salgsprosedyren. Det følger etter vår forståelse av regelverket at det ikke kan vektlegges usaklige hensyn ved et salg, men vi kan ikke se at det interne prosedyreregulverket er til hinder for at Forsvaret kan avslå å selge til en bestemt kjøper dersom dette er basert på legitime hensyn.

### **3 EØS-RETTLIGE BEGRENSNINGER**

Norges forpliktelser etter EØS-avtalen vil kunne legge begrensninger på adgangen til å avslå tilbud fra enkeltkjøpere. Da dette notatet gjelder salg av ikke listeført materiell, vil unntaket i EØS-avtalen artikkel 123 ikke komme til anvendelse.

Å selge billiger enn markedspris vil kunne utgjøre ulovlig offentlig støtte. Et metode for å fastsette markedspris er å gjennomføre en konkurranse som er åpen for alle. Å fastsette vilkår om en bestemt bruk, slik at prisen reduseres til under markedspris, kan under visse omstendigheter utgjøre ulovlig offentlig støtte. Vi kan imidlertid ikke se at utelukkelse av en kjøper ut fra legitime hensyn kan medføre risiko for at materiell avhendes i strid med regelverket om forbud mot offentlig støtte, da å etablere markedspris gjennom en konkurranse ikke kan utelukke selgeren fra ekskludere visse kjøpere på grunn av forhold ved kjøperne.

EØS-avtalen hoveddels bestemmelser om den frie bevegelse av varer vil kunne brytes dersom det diskrimineres mellom kjøpere. Dette vil både ramme direkte diskriminering i form av at Forsvaret ikke kan nekte salg avhengig av kjøpers nasjonalitet. Det vil også kunne ramme indirekte diskriminering som eksempelvis krav til kjøpers plassering.

For å skape et felles indre marked er det innenfor offentlige anskaffelser, altså kjøp og ikke salg, utarbeidet omfattende prosedyreregulverk gjennom direktiver om hvordan offentlige organer skal gjennomføre anskaffelser. Dette er gitt for å sikre at det gjennomføres konkurranser hvor leverandører kan delta på tvers av landegrensene. I anskaffelsesregelverket er det gitt regler om plikt og rett til avvisning på grunn av forhold ved leverandørene. Disse reglene er til dels begrunnet i hensynet til at den aktuelle oppdragsgiveren skal ha forsyningssikkerhet gjennom en leverandør som det er sikkerhet for at vil levere. Reglene er også til dels begrunnet i hensynet til at en offentlig oppdragsgiver ikke skal måtte ha et kontraktsforhold til personer eller selskaper som er i visse situasjoner. I noen situasjoner, der leverandøren eller sentrale personer i leverandørens organisasjon er straffedømt for visse forhold, er det begrunnet i generelle samfunnshensyn fastsatt avvisningsplikt.

Siden både kjøp og salg vil kunne påvirke samhandelen, mener vi det kan sees hen til reglene som er gitt for å skape et indre marked for kjøp, når en skal vurdere situasjon ved salg. Det vil være viktigere for en offentlig oppdragsgiver å ha en pålitelig leverandør, enn det vil være å ha en pålitelig kjøper av materiell som Forsvaret ikke skal forholde seg til etter at salget er gjennomført. Samtidig er det ikke ønskelig at materiell som har vært i bruk til forsvar av landet skal kunne utnyttes av feil personer på feil måte. Det virker mer begrensende på samhandelen å avvise leverandører fra en offentlig anskaffelse, enn at noen ikke får kjøpe utrangert materiell fra Forsvaret.

I den utstrekning det er anledning til å avvise en leverandør i en offentlig anskaffelse, mener vi derfor at Forsvaret i hvert fall så langt avvisningsplikten eller -retten etter anskaffelsesregelverket er utformet ikke kun for å sikre forsyningssikkerhet, men også ut fra andre hensyn, vil det EØS-rettslig være adgang til å avvise en kjøper fra en salgsprosess for utrangert forsvarsmateriell. Avvisningsreglene i anskaffelsesregelverket vil ikke dermed utgjøre noen ytre ramme for når man kan nekte å selge materiell til bestemte personer eller selskaper, men det vil være en presumsjon for at man i hvert fall da vil kunne nekte uten at det er i strid med EØS-retten.

Anskaffelsesregelverket gir en avvisningsrett dersom noen ved rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessigeandel. Det gis også en avvisningsrett der leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden. Oppdragsgiver vil kunne vise til dokumentasjon fra andre, herunder revisjonsrapporter eller lignende.

#### **4 GENERELT KRAV TIL SAKLIGHET HOS OFFENTLIGE MYNDIGHETER**

Salg av materiell innebærer ikke utøvelse av offentlig myndighet og er dermed ikke regulert av forvaltningsloven, jf. fvl. § 2 bokstav a. Legalitetsprinsippet, at det offentlige må ha hjemmel for å gripe inn overfor en borger, gjelder dermed ikke. Slik vurdert i innledningen er salg av materiell underlagt Forsvarets privatrettslige autonomi. Det er dermed ikke et krav om at det må være en positiv hjemmel for å kunne nekte salg til en bestemt person eller selskap. Ved utøvelse av den private autonomi vil det offentlige være underlagt myndighetsmisbrukslærens skranker, herunder visse saklighetskrav. Basert på det faktumet vi har fått oss forelagt, synes det ikke særlig aktuelt at myndighetsmisbrukslæren vil være til hinder for at Forsvaret nekter et salg basert på forhold ved kjøperen. Dette vil åpenbart være tilfelle der leverandøren eller noen som har en ledende posisjon hos leverandøren er rettskraftig straffedømt for relevante forhold. Det vil imidlertid også kunne foreligge rett til å nekte å selge der leverandøren eller noen i ledende posisjon er hos leverandøren beviselig har krenket faglige og etiske krav i bransjen, herunder vedtak fra internasjonale organer eller lignende. Det

er oppdragsgiver som har bevisbyrden, men denne vil kunne oppfylles ved å vise til dokumentasjon fra andre, herunder foretatt undersøkelser eller granskninger.

## 5 OPPSUMMERING

Salg av materiell innebærer at Forsvaret utøver sin privatrettslig autonomi som i utgangspunktet innebærer avtalefrihet. Såfremt det er begrunnet i legitime hensyn gir det interne regelverket i staten for avhending av materiell etter vår vurdering ikke begrensninger på å avvise bestemte personer eller selskaper som kjøpere av materiell. Vi kan heller ikke se at EØS-retten hindrer Forsvaret å ivareta legitime hensyn. Ved en avvisning bør Forsvaret ivareta et generelt krav til saklighet.

Forsvaret må legge korrekt faktum til grunn og vil ha bevisbyrden for at det foreligger et forhold som gir rett til avvisning av en kjøper. Aktuelle legitime hensyn kan eksempelvis være at kjøperen eller sentrale personer hos kjøperen er straffedømte for forhold som angår den yrkesmessige vandelen eller har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.