



**KOMMUNAL VIRKSOMHET I LYS AV EØS-AVTALENS
STATSSTØTTEREGLER**

–

**AKTIVITETER SOM ER OMFATTET AV STATSSTØTTEREGLENE,
SENTRALE PROBLEMSTILLINGER OG FOREBYGGENDE TILTAK**

Forord

Denne rapporten er skrevet av ALT advokatfirma AS på oppdrag for Kommunal- og regionaldepartementet (KRD).

EØS-avtalens statsstøtteregler påvirker i stor grad rammene for det offentliges adgang til å drive en aktiv nærings- og sysselsettingspolitikk. En lang rekke eksempler kunne ha vært gitt, men her nøyer vi oss med å nevne sakene om differensiert arbeidsgiveravgift, som nærmest har versert siden avtalens ikrafttredelse i 1994 frem til i dag.

EØS-avtalen oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte til *foretak* dersom støtten kan vri eller true med å vri konkurransen og påvirke samhandelen innen EØS-området. Reglene om offentlig støtte skiller ikke mellom private og offentlige støttemottakere – også offentlig eide virksomheter kan være gjenstand for statsstøtteforbudet. I norske kommuner har vi et relativt stort innslag av kommunale enheter, både som del av kommunene selv og organisert som frittstående rettssubjekter, som tilbyr varer og tjenester i mer ordinære konkurranseutsatte markeder. For å hindre at man tildeler ulovlig støtte, er det derfor viktig å ha klart for seg hva som er å anse som et *foretak* i EØS-rettslig forstand.

I rapporten er hovedfokus rettet mot å beskrive når kommuner og fylkeskommuner anses for å utøve økonomisk aktivitet, med den følgen at den aktuelle enheten er et foretak. Slike foretak vil ofte ikke kunne motta støtte fra eierkommunen eller andre offentlige organer. Rapporten belyser dessuten en rekke støtterettslige problemer som gjerne oppstår når kommuner tilbyr varer og tjenester i et marked – eksempelvis krysssubsidieringsutfordringer. Dette er problemstillinger som er høyaktuelle i dag, gitt at EFTAs overvåkningsorgan i løpet av det siste året har anlagt flere saker mot Norge hvor slike forhold har vært tema. Rapporten beskriver videre de mest relevante unntakene fra statsstøtteforbudet, og hvordan kommunene kan innrette seg for ikke å opptre i strid med reglene. Avslutningsvis behandles forholdet mellom garantibestemmelsen i kommuneloven § 51 og statsstøttereglene.

Selv om rapporten først og fremst utgjør en juridisk utredning, har vi skrevet en del sammendragssnitt og forsøkt å gi mange eksempler underveis i teksten, slik at rapporten også kan benyttes som et praktisk veiledningsverktøy.

I tillegg til undertegnede, har Kristian D. Trygstad og Jon L. Ramstad ved vårt kontor bidratt med tekstinnspill til rapporten. Videre har vi mottatt gode og konstruktive innspill fra en referansegruppe bestående av Elen Schmedling Gimnæs (KRD), Even Varboe (KRD), Paul Aavik (Oslo kommune) og Jostein Selle (KS-advokatene). Vi vil også takke Jørgen J. Hopperstad (KRD) og professor dr. juris Erling Hjelmeng for nyttige bidrag underveis i prosessen.

Oslo, desember 2013

Robert Lund

Advokat

Bjørnar Alterskjær

Advokat

Arne T. Andersen

Advokat

1	SAMMENDRAG OG HOVEDKONKLUSJONER/SUMMARY AND MAIN CONCLUSIONS	8
1.1	Norsk	8
1.2	English.....	12
2	INNLEDNING	16
3	NORSKE KOMMUNER I MARKEDET I DAG	17
3.1	Endringer i struktur og aktivitet	17
3.2	Forskjeller mellom organisasjonsmodellene	18
3.3	Aktiviteter av økonomisk karakter er ikke begrenset til de «alternative organisasjonsformene»	18
3.4	Mandatet og videre fremstilling	19
3.5	Kommunale foretak – KF.....	19
3.5.1	Innledning.....	19
3.5.2	Aktivitet i konkurransemarkeder og ansvaret for løpende håndtering av underskudd	20
3.5.3	Når organiseres kommunale aktiviteter i KF?.....	20
3.6	Økonomisk aktivitet innenfor kommunen (annet enn KF).....	22
3.7	Kort om kommunalt eide aksjeselskaper og IKS-er.....	23
4	KORT OVERSIKT OVER EØS-AVTALENS STATSSTØTTEREGLER	24
4.1	Innledning.....	24
4.2	Statsstøtteforbudet – EØS-avtalens artikkel 61(1)	24
4.2.1	Oversikt over forbudet.....	24
4.2.2	Støttebegrepet (vilkår nr. 1).....	25
4.2.3	Statsmidler – offentlige midler (vilkår nr. 2).....	25
4.2.4	Selektivitetskriteriet (vilkår nr. 3)	25
4.2.5	Foretaksbegrepet (vilkår nr. 4)	25
4.2.6	Konkurransevridning og påvirkning av samhandelen	25
4.2.6.1	Vilkårene	25
4.2.6.2	Bagatellmessig støtte	26
4.3	Oversikt over unntakshjemler – hovedsakelig artikkel 61(3) bokstav c og 59(2)..	26
4.4	Oversikt over statsstøtteprosessen	27
4.4.1	Eksisterende støtte	27
4.4.2	Ny støtte	27
4.4.2.1	Støtte gitt i medhold av retningslinjer	27
4.4.2.2	Støtte gitt i medhold av gruppeunntaket.....	28
5	KOMMUNAL VIRKSOMHET I LYS AV DET EØS-RETTLIGE FORETAKSBEGREPET – NÅR ER SLIK VIRKSOMHET ØKONOMISK AKTIVITET? ..	29
5.1	Innledning og sammenfatning	29
5.1.1	Innledning.....	29

5.1.1.1	Problemstillinger og videre fremstilling.....	29
5.1.1.2	Forholdet til de øvrige vilkårene i artikkel 61(1)	29
5.1.2	Sammenfatning.....	30
5.2	Overordnet beskrivelse av foretaksbegrepet – økonomisk aktivitet.....	32
5.2.1	Innledning.....	32
5.2.2	Foretaksbegrepet – beskrivelse av økonomisk virksomhet	32
5.2.2.1	Definisjonen av «foretak» – utgangspunkter.....	32
5.2.2.2	Betydningen av hvordan enheten er organisert – virksomhetens art.....	33
5.2.2.3	Markedstjenester	33
5.2.2.4	Potensielle markeder	34
5.2.2.5	Betydningen av vederlag	35
5.2.2.6	Utøvelse av offentlig myndighet	35
5.2.2.7	Betydningen av egenregi.....	36
5.2.2.8	Lovpålagte oppgaver	37
5.2.2.9	Oppsummering	37
5.3	Aktiviteter som relativt klart ikke er å anse som økonomisk aktivitet – typiske myndighetshandlinger mv.	37
5.3.1	Overordnet.....	37
5.3.2	Aktiviteter knyttet til beslutningsprosesser som utføres av kommunene som øvrighet	38
5.3.3	Annen administrativ virksomhet i kommunene.....	39
5.4	Aktiviteter som relativt klart er å anse økonomisk aktivitet.....	39
5.5	Praktiske typetilfeller	42
5.5.1	Innledning.....	42
5.5.2	Barnehagesektoren	43
5.5.2.1	Innledning.....	43
5.5.2.2	Kommunale barnehager.....	43
5.5.2.3	Finansiering av private barnehager	47
5.5.3	Undervisningssektoren	48
5.5.4	Helse- og omsorgstjenester.....	49
5.5.5	Egenregitilfeller og tilbud av overskuddskapasitet	55
5.5.5.1	Innledning.....	55
5.5.5.2	Bergen Kirkelige Fellesråd/Akasia.....	55
5.5.5.3	Avfallssektoren – blandet virksomhet	57
5.5.5.4	Konsulenttjenester, juridiske tjenester, revisjons- og regnskapsførertjenester og lignende	58
5.5.6	Brannvesen – alarmtjenester og utrykning	59
5.5.6.1	Ivaretagelse av forvaltnings-/kjerneforpliktelsene etter brann- og eksplosjonsloven	59
5.5.6.2	Salg av alarmer/alarmtilknytning	60
5.5.6.3	Salg av utrykningstjenester som underleverandør.....	60

5.5.7	Idrettsklubber/foreninger	60
5.5.8	Havnevirksomhet.....	62
5.5.9	Kjøp, salg og utleie av eiendom	63
5.5.10	Kulturanlegg og kulturaktiviteter	64
5.5.11	Parkeringsvirksomhet	65
5.5.12	Svømmehaller og badeland	68
5.5.13	Kinovirksomhet	69
5.6	ESAs praksis i lys av EFTA-domstolens, EU-domstolens og EU-kommisjonens praksis	70
6	KOMMUNAL UTØVELSE AV ØKONOMISK AKTIVITET – TYPISKE STATSSTØTTERETTLIGE UTFORDRINGER	72
6.1	Innledning, forutsetninger og sammenfatning.....	72
6.1.1	Innledning.....	72
6.1.2	Sammenfatning.....	72
6.2	Overordnet om de statsstøtterettslige rammene når kommuner driver næringsvirksomhet/økonomisk aktivitet – markedsinvestorprinsippet	74
6.2.1	Markedsinvestorprinsippet	74
6.2.2	Særlige problemstillinger i lys av markedsinvestorprinsippet	76
6.2.2.1	Innledning.....	76
6.2.2.2	Opprettelse av offentlig eide virksomheter som driver økonomisk aktivitet	77
6.2.2.3	Drift av enheten – kapitaltilførsler, utbytte og manglende avkastningskrav	78
6.2.2.4	Salg og opphør, herunder opprettholdelse av virksomheter som ikke har «livets rett» – redningsaksjoner som ikke oppfyller markedsinvestortesten	79
6.2.2.5	Lån i lys av markedsinvestorprinsippet	80
6.3	Typiske statsstøtterettslige problemstillinger – uavhengig av om den økonomiske aktiviteten skjer som del av kommunen eller i egne rettssubjekter	82
6.3.1	Innledning.....	82
6.3.2	Manglende overholdelse av markedsinvestorprinsippet.....	82
6.3.3	Tilførsler av økonomiske fordeler man normalt ikke ville ha fått.....	83
6.3.4	Fritak fra eiendomsskatt, avgifter eller andre økonomiske byrder som enheten normalt skulle ha betalt	83
6.3.5	Krysssubsidiering og manglende internprising	84
6.3.5.1	Problemstilling – blanding av kommersiell og ikke-kommersiell aktivitet	84
6.3.5.2	Manglende regnskapsmessig skille	85
6.3.5.3	Manglende betaling for fellestjenester	86
6.4	Oversikt over særlige statsstøtterettslige problemstillinger der den økonomiske virksomheten utøves av kommunalt eide selskaper som er egne rettssubjekter.....	87
6.4.1	Innledning.....	87
6.4.2	Den implisitte garantien for IKS-er – IKS-lovens garantiordning	88
6.4.2.1	Selskapsformen	88

6.4.2.2	Problemstilling	89
6.4.2.3	Garantier og statsstøtte	89
6.4.2.4	Innebærer ordningen en fordel/støtte for IKS-er?	90
6.4.2.5	Er fordelene vederlagsfri? – forholdet til markedsinvestorprinsippet	91
6.4.2.6	Sammenfatning	93
6.4.3	Tilfeller hvor det offentlige saminvesterer med private	93
6.5	Særlige statsstøtterettslige problemstillinger hvor den økonomiske aktiviteten skjer som del av kommunen (inkludert kommunale foretak)	94
6.5.1	Innledning	94
6.5.2	Den implisitte kommunale garantien for egen virksomhet	94
6.5.3	Skattefritaket i § 2-30 i skatteloven for kommuner og kommunale foretak ...	94
7	ØKONOMISK VIRKSOMHET SOM UTØVES AV KOMMUNEN SOM RETTSSUBJEKT – RELEVANTE UNNTAK FRA STØTTEFORBUDET	98
7.1	Innledning	98
7.2	EØS-avtalen artikkel 59(2) om tjenester av allmenn økonomisk betydning	98
7.2.1	Innledning – tjenestene og problemstillinger	98
7.2.2	Kompensasjon som ikke anses som statsstøtte – etterlevelse av Altmarkdommen	100
7.2.2.1	Innledning	100
7.2.2.2	Altmarkvilkår 1	100
7.2.2.3	Altmarkvilkår 2	101
7.2.2.4	Altmarkvilkår 3	101
7.2.2.5	Altmarkvilkår 4	101
7.2.3	Egne regler om bagatellmessig støtte for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning	102
7.2.3.1	Innledning	102
7.2.3.2	Overordnet om vilkårene	102
7.2.3.3	Prosessuelle bestemmelser – fremgangsmåte	102
7.2.4	Gruppeunntak for tjenester av allmenn økonomisk betydning	103
7.2.5	Retningslinjer/framework for tildeling av støtte for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning	104
7.3	EØS-avtalens artikkel 61(3) bokstav c	104
7.3.1	Innledning	104
7.3.2	Gruppeunntak	105
7.3.2.1	Generelt om gruppeunntaksforordningen	105
7.3.2.2	Oversikt over støtteformål hjemlet i gruppeunntaksforordningen	105
7.3.3	Fremtidig regelverk	108
7.3.4	Retningslinjer	109
7.3.5	Direkte anvendelse av artikkel 61(3) bokstav c	111
7.4	Bagatellmessig støtte	111

8	TILTAK FOR Å INNRETTE KOMMUNAL VIRKSOMHET TIL Å VÆRE I OVERENSSTEMMELSE MED STATSSTØTTEREGLENE.....	113
8.1	Innledning.....	113
8.2	Overordnet.....	113
8.3	Tiltak for å opptre i samsvar med statsstøttereglene	114
8.4	Unntak fra statsstøtteforbudet – lovlig offentlig støtte	116
9	KOMMUNELOVEN § 51 – BEGREPSBRUK OG FORHOLDET TIL REGLENE OM OFFENTLIG STØTTE	117
9.1	Kommunelovens § 51 – særlig om næringsvirksomhetsbegrepet	117
9.1.1	Innledning.....	117
9.1.2	Sammendrag	117
9.1.3	Bakgrunn og kort historikk.....	118
9.1.4	Formål bak bestemmelsen	119
9.1.5	Litt om rettskildebildet	121
9.1.5.1	Praksis fra fylkesmennene og KRD	121
9.1.5.2	Garantiforskriften med tilhørende rundskriv	122
9.2	Næringsvirksomhetsbegrepet – hovedtrekk ved praktisering – gevinstformål/innretning	122
9.3	Begrepet økonomisk aktivitet i EØS-avtalen, jf. særlig punkt 5	127
9.4	Sammenlikning mellom forbudet i kommuneloven § 51 og bestemmelsene om offentlig støtte	127
9.5	Harmonisering av begrepene	130
9.5.1	Forholdet mellom reglene – innledning	130
9.5.2	Konkrete forslag til harmonisering – alternativer.....	132

1 SAMMENDRAG OG HOVEDKONKLUSJONER/SUMMARY AND MAIN CONCLUSIONS

1.1 Norsk

Foruten utøvelse av alminnelige forvaltningsoppgaver, driver også norske kommuner og fylkeskommuner *økonomisk virksomhet* ved å tilby varer og tjenester i ordinære konkurranseutsatte markeder. Slik virksomhet kan både utøves av kommunen som rettssubjekt eller i foretak organisert som egne rettssubjekter under kommunens eierskap. Når kommuner driver økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, er det en fare for at den aktuelle virksomheten mottar økonomiske fordeler som andre markedsaktører ikke mottar, herunder at det skjer en krysssubsidiering fra kommunens skjermede virksomhet til de økonomiske aktivitetene som opererer i markedet.

EØS-avtalen oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte til enheter som utøver økonomisk virksomhet. Forbudet gjelder uavhengig av hvordan støttemottakeren er organisert. Et tiltak til fordel for kommunalt eide enheter vil i utgangspunktet være ulovlig hvis følgende vilkår i EØS-avtalen artikkel 61(1) er oppfylt:

1. Tiltaket må innebære støtte i form av tildeling av en økonomisk fordel (støttebegrepet).
2. Støtten må være gitt av statsmidler (offentlig støtte).
3. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet).
- 4. Støtten må ytes til foretak som driver økonomisk virksomhet (foretaksbegrepet).**
5. Støtten må vri eller true med å vri konkurransen (konkurransesvridningsvilkåret).
6. Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området (samhandelskriteriet).

Samtlige vilkår må være oppfylt for at et tiltak skal være i strid med statsstøtteforbudet. Grovt sett kan man si at det skal lite til for at et offentlig tiltak rammes av vilkårene. Herunder hender det i praksis relativt ofte at kommuner anses for å ha tildelt egne foretak ulovlig støtte.

Det strenge statsstøttebegrepet motsvares av relativt omfattende unntaksregler, som også offentlig eide foretak kan nyte godt av. Eksempelvis er det gitt hjemmel for å gi distriktsstøtte, støtte til forskning og utvikling, miljøstøtte, støtte til maritim transport, støtte til fremme av risikokapitalinvesteringer, støtte for ivaretagelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning (tjenester markedet ikke produserer) og en rekke andre formål. Felles for unntakshjemlene er at støtten må gis i overensstemmelse med nærmere fastsatte vilkår og i tråd med bestemte fremgangsmåter.

I nærværende rapport er hovedfokus rettet mot å redegjøre for foretaksbegrepet (vilkår 4 i statsstøtteforbudet) og problemstillinger knyttet til kommuners utøvelse av økonomisk virksomhet.

Statsstøttereglene får bare anvendelse på «foretak». Foretaksbegrepet bygger ikke på hva en gjerne i norsk dagligtale omtaler som et foretak, men er et eget EØS-rettslig begrep som er gitt et selvstendig innhold gjennom rettspraksis. I lys av denne rettspraksisen er et foretak enhver enhet som utøver *økonomisk aktivitet*. Det å levere varer eller tjenester i et marked vil normalt anses som en økonomisk aktivitet. En enhet i en kommune som på en eller annen måte utøver økonomisk aktivitet vil anses som et foretak. Dette selv om enheten ikke er skilt ut i et eget selskap eller er en egen etat.

Statsstøttereglene kommer kun til anvendelse hvor tjenesten leveres i markedsmessige omgivelser. I noen tilfeller kan derfor en og samme tjeneste være en markedstjeneste i ett EØS-land, og en tjeneste som tilbys utenfor markedet i et annet EØS-land. Videre vil klassifiseringen av tjenesten kunne endre seg over tid, enten på grunn av politiske valg eller som følge av markedsmessige endringer. Tjenester som på et gitt tidspunkt ikke anses som markedstjenester vil over tid kunne utvikle seg til tjenester som leveres i et marked. I sjeldne tilfeller kan endringer føre til at tjenester som før ble levert i et marked ikke lengre anses å være økonomisk aktivitet.

Der den kommunale aktiviteten innebærer utøvelse av offentlig myndighet, vil det, slik begrepet er tolket i rettspraksis, ikke være tale om økonomisk virksomhet.

Ved vurderingen av om foretaksbegrepet er oppfylt, er det, etter vår oppfatning, i utgangspunktet ikke avgjørende om en enkelt kommune velger å levere tjenesten i egen regi fremfor å kjøpe denne i markedet. Hvis det rent faktisk ikke finnes noe marked for tjenesten, vil imidlertid dette kunne være relevant ved vurderingen. EFTAs overvåkningsorgan) ESA har likevel ofte kommet til at tjenester levert i egen regi ikke utgjør økonomisk aktivitet, uavhengig av markedet for øvrig.

Videre vil det, ved vurderingen av om virksomheten utøver økonomisk aktivitet, være relevant å se hen til om det ytes et vederlag for tjenesten. Selv om det ikke alltid vil være avgjørende, er det ofte lagt vekt på om tjenesten er overveiende finansiert av det offentlige, altså at minst 50 prosent av kostnaden dekkes av det offentlige. I så tilfelle er dette et viktig argument i favør av at det ikke er tale om økonomisk aktivitet.

En stor del av analysen av foretaksbegrepet i denne rapporten er viet eksempler på tjenester som illustrerer grensdragningen mellom økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter og som anses å være relevant for kommunene. Følgende eksempler på tjenester omhandles nærmere i rapporten:

- Barnehagetjenester
- Undervisningstjenester
- Helse- og omsorgstjenester
- Egenregitilfeller og tilbud av overskuddskapasitet
- Idrettsaktiviteter
- Havnevirksomhet
- Kjøp, salg og utleie av offentlig eiendom
- Kulturaktiviteter
- Parkeringsvirksomhet
- Svømmehaller og badeland
- Kinodrift

Grovt sett vil barnehagetjenester, undervisningstjenester og helse- og omsorgstjenester ofte anses for å være ikke-økonomiske når det offentlige tilbyr disse tjenestene gratis og som en del av det offentlige velferdstilbudet. Konklusjonen kan bli annerledes når de samme tjenestene leveres mot betaling i et marked, også der hvor kjøperen av tjenesten skulle være det offentlige. Når det gjelder de øvrige typetilfellene, vil mange av disse anses som utøvelse av økonomisk aktivitet. Noen av disse konklusjonene kan nok komme overraskende på mange kommuner.

Det offentlige kan investere og opptre som aktør i kommersielle markeder uten at dette støter an mot reglene om offentlig støtte. Like klart er det at heller ikke offentlige foretak kan motta statsstøtte som er i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler. Man kan si at EØS-avtalen stadfester et likebehandlingsprinsipp – det offentlige som investor kan verken straffes eller begunstiges sammenlignet med private eiere.

Den helt overordnede regelen kommunen må forholde seg til er *markedsinvestorprinsippet*. Overføringer av økonomiske fordeler fra kommunen til den aktuelle økonomiske virksomheten (eksempelvis i form av bevilgninger, kjøp av tjenester til overpris eller salg av eiendom eller eiendeler til underpris, gunstige lån og garantier), vil som den klare hovedregel være ulovlig, med mindre transaksjonene skjer i tråd med markedsinvestorprinsippet. Når det offentlige utøver økonomisk virksomhet, skal det med andre ord være utsikter til god/normal avkastning på den kapitalen man investerer i virksomheten. Hvis man ikke kan dokumentere at det er sannsynlig at aktiviteten vil gå med tilstrekkelig overskudd, må det offentlige i mange tilfeller la være å utøve aktiviteten.

Hvis kommunen ikke har skilt ut den økonomiske virksomheten i et eget selskap, bør den i det minste sørge for et regnskapsmessig skille mellom økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter for å hindre krysssubsidiering. Vi gjør oppmerksom på at skillet i seg selv ikke utelukker at det kan skje urettmessige overføringer til enheten som utøver økonomisk virksomhet. I tillegg til det regnskapsmessige skillet, må man derfor sørge for at det rent faktisk ikke skjer noen krysssubsidiering. Kommunene må også sørge for at de delene av kommunene som driver økonomisk aktivitet betaler markedsmessig leie for bruk av for eksempel bygninger, grunn, kontorplasser, maskiner, andre produksjonsmidler og fellestjenester.

Kommuneloven og IKS-lovens ansvarsregler innebærer at det offentlige reelt sett stiller en generalgaranti for økonomisk virksomhet som drives som en del av kommunen (det være seg i form av en enhet/etat eller som et kommunalt foretak) og for IKS-er. Dette medfører at det blir enklere for foretakene i det hele tatt å få lån. I tillegg vil foretakene oppnå gunstigere kredittvilkår enn hva som ville ha vært tilfelle uten garantien. Den økonomiske virksomheten betaler ingen markedsmessig garantipremie for garantien, hvilket gjør det vanskelig å komme utenom at virksomheten mottar offentlig støtte.

Kommunen bør derfor sørge for en organisering som hindrer at den økonomiske aktiviteten nyter godt av en implisitt eller eksplisitt garanti. Slik lovgivningen er i dag, bør en derfor være varsom med å la en enhet som driver økonomisk aktivitet være en del av kommunen, et kommunalt foretak eller organisert i et interkommunalt selskap. Det tryggeste vil være å organisere økonomisk virksomhet i et selskap med begrenset ansvar – trolig ved å anvende aksjeselskapsformen.

Videre betaler ikke kommunale foretak og foretak organisert som en del av kommunen (eller fylkeskommunen) *inntektsskatt*. Dette innebærer klart nok en økonomisk fordel i statsstøtterettslig forstand. Kommunene bør derfor sørge for en organisering som gjør at den økonomiske virksomheten skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet i markedet. I dag vil det si at økonomisk virksomhet bør skilles ut i et eget selskap som er underlagt skatteplikt. En eventuell fremtidig endring i skatteloven som medfører at økonomisk aktivitet vil bli skattlagt selv når denne utøves av kommunen som sådan, vil rydde dette statsstøtteproblemet av veien.

Vi har i denne rapporten også sett på forholdet mellom forbudet mot kommunale garantier i kommuneloven § 51 nr. 2 og statsstøttereglene, herunder om kommuneloven bør harmoniseres med statsstøtteregelverket. Selv om forbudet i kommuneloven har mange fellestrekk med forbudet mot offentlig støtte i EØS artikkel 61, viser gjennomgangen at det skal mindre til for at noe rammes av forbudet mot offentlig støtte enn av forbudet mot kommunale garantier. Det er særlig virksomhet som ikke har noe gevinstformål, men som like fullt opererer i et marked i konkurranse med annen virksomhet som kan rammes av forbudet mot offentlig støtte uten å være ulovlig etter kommuneloven § 51 nr. 2. Typiske eksempler på dette finner vi innenfor kultur- og idrettssektoren.

Ved vurderingen av om det bør skje en harmonisering mellom regelsettene, har vi funnet at kommuneloven § 51 nr. 2 fremdeles har en særskilt rolle å spille og at statsstøttereglene ikke vil fange opp samtlige tilfeller hvor en kommunal garanti er uønsket fordi den utsetter kommunen for økonomisk risiko. Dette gjelder særlig i de tilfellene hvor statsstøttereglene inneholder unntak som vil tillate en garanti som er i strid med kommunelovens bestemmelse.

Vi vil heller ikke anbefale å harmonisere næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven § 51 nr. 2 med foretaksbegrepet i støtteretten, ettersom dette vil frata kommuneloven en del av den ønskede fleksibiliteten til å gi garantier.

Utfordringen med forholdet mellom kommuneloven § 51 nr. 2 og støttereglene er, slik vi ser det, dermed først og fremst at det potensielt er noen garantier som er tillatt etter kommuneloven som er i strid med støttereglene.

Slike brudd kan i noen grad hindres ved hjelp av økt veiledning fra departementets/fylkesmennenes praktisering av bestemmelsen/overprøving av kommunale vedtak.

En alternativ fremgangsmåte kan være å klargjøre i kommuneloven § 51, eventuelt i notene til denne, at garantier som godtas etter bestemmelsen uansett må være i samsvar med statsstøttereglene. Dette kan gi en betydelig instruktiv verdi overfor brukerne av bestemmelsen. Vi vil overlate til departementet hvordan man i så fall rent konkret kan gjøre dette, det være seg ved eksplisitt å skrive det inn i lovteksten, gjennom en ren henvisning til statsstøttereglene eller på annen måte. Vi antar at det pågående arbeidet med kommunelovrevisjonen vil være en velegnet anledning til å vurdere hvorvidt man skal foreta en slik klargjøring.

1.2 English

In addition to their public administration tasks, Norwegian municipalities are involved in economic activities by offering goods and services on the market. In terms of organization, the economic activities can take place within the individual municipality as such, or in separate legal entities, controlled and owned by a municipality. When municipalities engage in activities which are considered economic within the meaning of the European Economic Area (EEA) Agreement, there is a risk that the entity in question will benefit from economic advantages not available to other market operators. An example may be where a municipality's economic activity is cross-subsidized with resources from its non-economic activities.

The EEA Agreement prohibits state aid to entities engaged in economic activities. The prohibition applies regardless of the legal status of the beneficiary. The starting point is thus that also measures in favor of municipal entities will fall within the prohibition established in Article 61 (1) EEA when the following conditions are satisfied:

1. The measure must amount to aid by conferring an economic advantage (aid).
2. The aid must be granted by the state or through state resources (state aid).
3. The aid must favour selected undertakings or economic activities (selectivity).
- 4. The economic advantage must accrue to an undertaking engaged in an economic activity (undertaking).**
5. The aid must distort or threaten to distort competition (distortion of competition).
6. The intervention must be likely to affect trade between Member States (effect on trade).

All six conditions must be satisfied for the measure in question to fall within the prohibition. Broadly speaking, various forms of public intervention will in practice however often fall within the prohibition.

The flip side of this strict notion of state aid is a rather comprehensive framework of exceptions, which is fully available also to public undertakings. Examples of forms of aid which might be approved under such exceptions are regional aid, aid to research and development, environmental aid, aid to maritime transport, aid to risk capital investments, aid to compensate services of general economic interest etc. The applicability of the various exceptions would however depend on whether their respective material and procedural conditions are met.

The main focus of the current report is firstly to provide an extensive analysis of the concept of undertakings within the meaning of EEA law (condition number 4 in the state aid prohibition), and secondly to discuss potential issues arising where municipalities are involved in economic activities.

As a result of the conditions being cumulative, the state aid prohibition applies only where the beneficiary is to be regarded as an "undertaking". The notion of undertakings does not have any equivalent in daily speech, but is a strictly legal concept whose precise meaning has gradually been established and clarified by the European Court of Justice and the EFTA Court, and further illustrated by the administrative practice of the EU Commission and the EFTA Surveillance Authority.

In light of this jurisprudence and administrative practice, any entity engaged in an economic activity is to be regarded as an undertaking for the purposes of EEA law. Offering goods or services on a given market will normally amount to an economic activity. Any municipal entity

which is engaged in an economic activity is thus to be regarded as an «undertaking», irrespective of whether it is organized as a separate company, or form an inseparable part of the municipality as such.

The state aid prohibition applies only where a good or service is offered in a market environment. Due to differences in economic organization, a particular service might be regarded as offered on a market in some EEA states, while no market exists for the same service in other states. Furthermore, the classification of a service as an economic/non-economic activity might change over time, due to political choice or economic developments. A non-market activity may turn into a market activity. Conversely, a formally identifiable market might disappear, although such instances are not observed frequently.

In situations where the municipal activity amounts to the exercise of public powers, however, established jurisprudence classifies such activities as non-economic.

When assessing whether an entity is to be regarded as an undertaking, it is in our opinion, not necessarily decisive that the municipality opts to produce the service in-house instead of acquiring it on the market. If no identifiable market exists on the other hand, this fact might be of relevance in the evaluation. Despite this, the EFTA Surveillance Authority has frequently taken the view that producing services in-house amounts to a non-economic activity, apparently regardless of the existence of a market for the service in question.

When determining whether the entity is engaged in an economic activity, it may be relevant to ascertain whether any remuneration is paid for the service. Even if this factor is not necessarily decisive on a stand-alone basis, one may in some types of cases attach weight to the fact that the service is primarily financed by the public purse, i.e. that the state covers more than 50 percent of the costs in question.

In this report, considerable resources have been dedicated to discussing examples of services offered by Norwegian municipalities that are illustrative for the distinction between economic and non-economic activities. The following categories of services will be addressed specifically:

- Kindergarten services
- Education
- Health and social services
- In-house production and the offering of excessive capacity.
- Sports activities
- Port operations
- The acquisition, sale and lease of publicly owned property.
- Cultural activities
- The car park sector
- Swimming pools and aqua parks
- Cinemas

Broadly speaking, the offering of kindergarten services, education services and health services will amount to non-economic activities when they are provided for free as an integral part of the public welfare-system. This starting point might be altered, however, if the same services are offered on a market. As regards the other services listed above, many of these are likely to constitute economic activities. Not all municipalities appear to be aware that some of their services may be subject to the state aid rules.

The public sector may invest and be active in commercial markets without infringing the state aid prohibition. It is equally clear, however, that public entities, no more than their private counterparts, can benefit from economic advantages in breach of EEA state aid law. In this

respect, one might say that the EEA Agreement reflects a principle of equal treatment which entails that public entities, when acting as investors on the market, should be neither punished nor rewarded compared with private market players.

The fundamental rule that municipalities have to adhere to when engaging in economic activities is the so-called market investor principle. Transfers of economic advantages from the municipality to an undertaking (for example in the form of grants, purchases above market prices, sales of real estate and other property below market price or favorable loans and guarantees) will be regarded as prohibited state aid, unless justified by recourse to this principle. When public entities engage in economic activities, they must have a reasonable expectation of a good or normal return on the resources invested in the undertaking. This implies that if the municipality is unable to provide documentation that objective factors indicate a likelihood of return at market rates, it should consider to abstain from making the investment or conducting the activity.

Municipalities that choose not to separate their economic activities in independent companies should at the very least keep separate accounts of respectively the economic and non-economic activities. It is important to stress, however, that separate accounts do not prevent cross-subsidization in their own right. Consequently, it is necessary to take additional action to ensure that cross-subsidization does not occur in practice. In this respect, it is important that entities engaged in economic activities pay market rates for the use of buildings, property, office space, machines, other factors of production, and shared services.

The rules on liability established in the Local Government Act and the Inter-Municipal Companies Act, have the effect that economic activities carried out within the municipality as a legal entity (be it in an internal unit or department or in a Municipal Enterprise) and for the activities of Inter-municipal Companies is provided with a general guarantee by the municipality.¹ Consequently, financial institutions will be inclined to grant loans to undertakings organized in these forms more easily. Lenders are also likely to accept more favorable conditions than those offered to comparable undertakings without municipal-guarantees. As undertakings benefitting from such guarantees are under no obligation to pay any premium, it is difficult not to adopt the view that they receive an economic advantage amounting to state aid.

This makes it pertinent that municipalities chose an organizational structure which ensures that the economic advantages flowing from such explicit or implicit guarantees do not accrue to activities that are considered economic. Having regard to the existing legal framework, municipalities should be cautious about allowing entities to engage in economic activities when they form part of the municipality, are organized as Municipal Enterprises, or take the form of Inter-Municipal Companies. The safest option would be to organize the economic activity in companies with limited liability – probably in accordance with the provisions in the Limited Liability Companies Act.

An additional issue is that Municipal Enterprises and other undertakings falling within the Municipality/County Municipality as a legal entity, do *not pay income taxes*. This constitutes an economic advantage which clearly amounts to state aid. Municipalities must consequently adopt measures ensuring that revenue from the economic activity in such entities is taxed under similar conditions as income derived from the activities of private market players. Under the current legal regime, this implies that the economic activity should be separated in companies liable for income tax. A modification of the tax law, making entities engaged in economic activities liable to pay taxes even when they form part of the municipality as a legal subject, would effectively remedy the concerns discussed above.

¹ To our knowledge, no official English translation of the “Lov om interkommunale selskaper” has been made (Inter-Municipal Companies Act).

Another issue specifically addressed in this report is the relationship between the prohibition on municipal guarantees in section 51 paragraph 2 of the Local Government Act and the state aid framework, including the question of whether the Local Government Act should be harmonized with the state aid provisions of the EEA Agreement. While the prohibition in section 51 paragraph 2 and the state aid prohibition are similar in some respects, the analysis establishes that the threshold for falling within the state aid prohibition is the lower of the two. The effect of this difference is especially likely to be observed in relation to non-profit entities active on the market. Such entities are typically found within the sport and cultural sectors.

When considering whether the two prohibitions should be harmonized, we have adopted the view that section 51 paragraph 2 of the Local Government Act still has a distinct role to play as the state aid regime does not block certain municipal guarantees that may be regarded as undesirable due to an unacceptable degree of risk-exposure. This is particularly likely to be the case when a guarantee that is prohibited under the Local Government Act, could be justified under state aid law by recourse to one of the many exceptions.

Furthermore, we have not found it advisable to harmonize the concept of “business activity” in section § 51 paragraph 2 of the Local Government Act with the concept of “undertakings” under state aid law, as this will unduly deprive municipalities of the flexibility to provide guarantees that are regarded as desirable.

The main challenge with the relationship between section 51 paragraph 2 of the Local Government Act and the state aid regime, is the potential threat that some guarantees that steer clear of the prohibition in the Local Government Act could be in breach of the state aid rules.

This issue could be addressed by more guidance from the ministry or the County Governor to the municipalities on how to comply with the state aid rules of the EEA Agreement. Alternatively, the issue could be clarified in section 51 paragraph 2 of the Local Government Act itself, or in the notes to the Act, underlining that guarantees under the Act would also have to comply with the state aid rules. In our opinion, the ministry is best placed to decide how this should be done, either by writing it explicitly into the section of the Act itself, through a reference to the state aid rules, or in any other way. We assume that this issue could be addressed in an appropriate manner in the course of the current revision of the Local Government Act.

2 INNLEDNING

Norske kommuner og fylkeskommuner har en mangefasettert virksomhet. En rekke av de mest sentrale aktivitetene består i å fordele goder og å pålegge plikter i kraft av å være forvaltningsorgan og myndighetsperson. Disse oppgavene utøves normalt ikke i et konkurransemarked. Offentlige bevilgninger til utøvelse av slike oppgaver vil ikke være konkurransevridende og i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler.

På den annen side har vi i Norge et relativt stort innslag av kommunale enheter, både som del av kommunene selv og organisert som frittstående rettssubjekter, som tilbyr varer og tjenester i mer ordinære konkurranseutsatte markeder. EØS-avtalen oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte til *foretak* dersom støtten kan vri eller true med å vri konkurransen og påvirke samhandelen innen EØS-området. For å hindre at man tildeler ulovlig støtte, er det derfor viktig å ha klart for seg hva som er å anse som et *foretak* i EØS-rettslig forstand.

Enkelt forklart er et foretak en enhet som utøver *økonomisk virksomhet* ved å tilby varer eller tjenester i et marked. En enhet kan være et foretak uten at enheten er organisert som et eget rettssubjekt i form av et aksjeselskap, kommandittselskap, interkommunalt selskap eller en annen selskapsform. Eksempelvis kan en integrert del av kommunen være et foretak i EØS-rettslig forstand.

En kommunal virksomhet kan anses å utøve *økonomisk virksomhet*, og følgelig omfattes av foretaksbegrepet, selv om virksomheten ikke har som formål å tjene penger.

Når kommuner driver økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, er det en fare for at den aktuelle enheten mottar økonomiske fordeler som andre markedsaktører ikke mottar, herunder at det skjer en kryssubsidiering fra kommunens skjermede virksomhet til de konkurranseutsatte aktivitetene. Dette vil potensielt være i strid med støttereglene.

De senere årene har EFTA's overvåkningsorgan (ESA) rettet et særlig fokus mot statsstøtteproblemstillinger som ofte oppstår når det offentlige opptre på markeder hvor den aktiviteten som utøves kan sies å utgjøre økonomisk virksomhet i EØS-rettslig forstand. I punkt 5 vil vi gjøre rede for en del typetilfeller av kommunale aktiviteter som lett vil kunne anses for å være økonomisk virksomhet og som det i utgangspunktet vil være problematisk å støtte. På den annen side vil vi også belyse hvilke aktiviteter som ikke er å anse som økonomisk virksomhet.

I punkt 6 vil vi redegjøre for en del av de mest relevante og vanlige statsstøtteproblemstillingene som gjerne oppstår når det offentlige eier og driver næringsvirksomhet. I denne sammenhengen vil vi også vise hvordan kommunene kan innrette virksomheten for å unngå å bryte statsstøttereglene (se punkt 6 og 8). Videre vil vi peke på muligheten for å benytte seg av unntak fra statsstøtteforbudet, se punkt 7.

I punkt 9 vil forholdet mellom garantibestemmelsen i kommuneloven § 51 og statsstøttereglene bli drøftet.

3 NORSKE KOMMUNER I MARKEDET I DAG

3.1 Endringer i struktur og aktivitet

Historisk sett har offentlig tjenesteproduksjon typisk blitt organisert innenfor rammen av en tradisjonell forvaltningsmodell. Tjenestene har blitt produsert av kommunen for kommunen, som igjen har tilbudt tjenestene til sine innbyggere, uten behov for klare skiller mellom rollen som produsent og innkjøper.²

I de senere årene er imidlertid grensdragningen mellom offentlig og privat tjenesteproduksjon langt mindre klar. Det har vokst frem en rekke markeder hvor kommunalt kontrollerte enheter tilbyr tjenester i konkurranse med private aktører. Samtidig vil kommunene ofte stå som innkjøpere av de aktuelle tjenestene. Dette innebærer at det offentlige er aktive både på tilbuds- og innkjøpsiden i markedet.

Lovgiver har lagt til rette for at kommuner kan drive næringspreget aktivitet på konkurransemarkeder ved å etablere alternative organisasjonsformer, slik som for eksempel kommunale foretak, enkelte former for interkommunalt samarbeid, herunder interkommunale selskap. Aksjeselskapsformen tas også mer hyppig i bruk for organisering av kommunal næringsvirksomhet.³ De ulike organisasjonsformene vil bli presentert i det følgende. Fellesnevneren for disse er at de til dels er inspirert av organiseringen av privat sektor, og et ønske om økt effektivitet og bedret ressursutnyttelse, blant annet ved å legge til rette for resultat- og målorientert styring.⁴

Kommunale og fylkeskommunale foretak er eksempler på organisasjonsformer som ikke primært er tenkt brukt til ren myndighetsutøvelse, men til virksomhet med et mer forretningsmessig preg.⁵ Organisasjonsformene ble etablert gjennom en endring av kommuneloven i 1999, da man tilføyde den særlige reguleringen i kapittel 11. I det følgende vil vi betegne både kommunale og fylkeskommunale foretak som KF.

Kommuneloven åpner videre for å formalisere samarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner om felles oppgaver i såkalte interkommunale samarbeid. I så fall skal det opprettes et eget styre, som oppnevnes av kommunestyret eller fylkestinget, jf. kommuneloven § 27. Vi vil bruke betegnelsen «§ 27-samarbeid» når vi sikter til slike strukturer.

Kommuner har ulike selskapsmodeller å gripe til dersom flere kommuner ønsker å organisere felles aktiviteter i selskaper. I tillegg til regulære aksjeselskaper, kan kommunene benytte seg av interkommunale selskaper («IKS»). IKS ble etablert som en alternativ organisasjonsform gjennom en særlov.⁶ Når selskapsformene benyttes, frikobles i utgangspunktet virksomheten fra alminnelige forvaltningsrettslige regler og reguleres i stedet av vedkommende selskapsregime.⁷ I det følgende vil vi benytte betegnelsen IKS når vi sikter til interkommunale selskaper.

² Fløysvik et al, «Kommunal tjenesteproduksjon – hvordan få med hele bildet», SSB (2009) s. 4 - 8.

³ I NOU 2004: 17 pkt. 9.3.1 bruker KRD betegnelsene «fristilte organisasjonsformer» eller «alternativ organisering».

⁴ For en redegjørelse for New Public Management, se Gjertsen og Martinussen «Styring og kontroll av kommunale selskaper og foretak», Nordlandsforskning (2006) s. 18.

⁵ Ot.prp. nr. 53 (1997-98) s. 118-119.

⁶ Lov om interkommunale selskaper.

⁷ Høivik (2005) s 531.

Et av formålene med å introdusere IKS som en alternativ organisasjonsform, var å etablere en modell som egnet seg for mer forretningspreget aktivitet, men som samtidig sikret en større grad av politisk kontroll enn ved bruk av aksjeselskapsformen.⁸ Dette er i stor grad sammenfallende med formålene bak KF, dog med den forskjell at man ved å benytte IKS ønsket å regulere aktivitet som det av ulike årsaker (kapasitet, synergier etc.) var naturlig at flere kommuner samarbeidet om.

3.2 Forskjeller mellom organisasjonsmodellene

Aksjeselskaper er selvstendige, skattepliktige rettssubjekter, og aksjeeierne er ikke personlig ansvarlige for selskapsforpliktelsene. I de tilfeller hvor private hefter personlig fordi de har valgt en selskapsmodell som reguleres av selskapsloven, vil ansvars omfang naturlig begrenses til vedkommendes formuesmasse.

Til sammenligning står KF, men også § 27-samarbeidene, i en særstilling. De utgjør formaliserte organisasjonsformer, men ikke selvstendige rettssubjekter. Dermed må krav fullbyrdes overfor kommunen i siste instans, slik at kreditor i praksis vil ha sikkerhet for at kravet blir oppfylt. Hva gjelder IKS, er dette selvstendige rettssubjekter, hvor deltakerne samlet sett hefter for selskapsforpliktelsene. Ansvarsformene kan ha statsstøtterettslig betydning, hvilket vi kommer tilbake til i punkt 6.4.2 og 6.5.2.

Kommuner er heller ikke skattepliktige ettersom skattelovens § 2-30 (1) bokstav c unntar kommunene fra alminnelig skatteplikt. Derfor vil inntekter som skriver seg fra aktiviteter i KF eller § 27-samarbeid ikke bli skattlagt.⁹

Regnskapsmessig gjelder særlige regler for KF, som bidrar til at regnskapsføringen reflekterer prinsippene i regnskapsloven, forutsatt at foretaket driver næringsvirksomhet. Utgangspunktet er da at det skal føres resultatregnskap etter bedriftsøkonomiske kriterier.¹⁰

3.3 Aktiviteter av økonomisk karakter er ikke begrenset til de «alternative organisasjonsformene»

Et fellestrekk ved de omtalte kommunale organisasjonsformene er altså at de egner seg til å organisere aktiviteter som går ut over tradisjonell myndighetsutøvelse i sin rene form. De er, om enn i varierende grad, tilpasset aktiviteter med et mer eller mindre forretningsmessig preg.

Dette betyr imidlertid ikke at forekomsten av økonomiske aktiviteter i kommunal regi er samsvarende med bruken av alternative organisasjonsformer. Utgangspunktet er nemlig at kommunenes rettslige kompetanse er negativt avgrenset. Kommunene kan benytte alternative organisasjonsformer hvor de finner dette formålstjenlig, men det er i alminnelighet ingen eksplisitt plikt til å skille ut aktiviteter i markeder fra den

⁸ Høivik (2005) s 532.

⁹ Finansdepartementet har problematisert dette i et høringsnotat som tar til orde for skatteplikt for kommunale foretak som leverer avfallstjenester i et marked, FIN Saksnr. 13/256 24. april.2013. Problemstillingen drøftes i punkt 6.5.3.

¹⁰ Forskrift om særbudsjett, særregnskap og årsberetning for kommunale og fylkeskommunale foretak, (2006) § 6-1.

tradisjonelle forvaltningsmodellen. Derfor vil «økonomiske aktiviteter» også kunne foregå innenfor rammen av en forvaltningsmodell, for eksempel i en etat.¹¹

3.4 Mandatet og videre fremstilling

Vi er bedt om å fokusere spesielt på de økonomiske aktivitetene som foregår i kommunene og fylkeskommunene som rettssubjekter. Selv om hovedfokuset i utredningen er rettslig, vil vi, gjennom beskrivelse av ulike typetilfeller, også forsøke å gi en deskriptiv fremstilling av slik aktivitet.

Vi er blitt bedt om å forsøke å kvantifisere denne økonomiske aktiviteten. Gjennom konsultasjoner med referansegruppen og studier av relevant faktagrunnlag, har vi imidlertid ikke lyktes å finne tilstrekkelig empirisk grunnlag for å tallfeste omfanget og fordelingen av økonomiske aktiviteter innenfor kommunen som rettssubjekt. Dette er for så vidt ikke overraskende. Hvorvidt en aktivitet skal betegnes som «økonomisk» for denne rapportens øyemed, beror på en komplisert statsstøtterettslig vurdering. Denne vurderingen gjøres naturlig nok verken i kommunale regnskaper eller i rapporteringen til KOSTRA.

Vi vil likevel forsøke å kaste lys over problemstillingen ved å trekke veksler på anekdotiske bevis. Vi har blant annet benyttet oss av makrostudier fra IRIS og Telemarksforskning, og vi har også sett hen til eierskapsmeldingene til enkelte utvalgte kommuner.

På bakgrunn av mandatets fokus, vil vi særlig belyse aktivitetene som foregår internt i kommunene og i KF. Det er imidlertid naturlig å si noe kort om virksomheten som er organisert i egne rettssubjekter, da vi i noen grad også er bedt om å redegjøre for statsstøtteproblemer som kan oppstå i relasjon til slike enheter.

3.5 Kommunale foretak – KF

3.5.1 Innledning

I løpet av årene som har gått siden organisasjonsformen ble introdusert i 1999, har KF befestet sin posisjon som et populært organisatorisk alternativ. Antallet registrerte foretak fortsetter å øke, riktignok i nokså moderat tempo.

I tidsintervallet mellom 2008 og 2009 ble det observert en økning på 4,2 prosent.¹² Over den noe lengre perioden fra 2006 til 2012 fant det sted en økning fra 216 til 224 foretak, tilsvarende 3,7 prosent.¹³ Det ble for øvrig observert en ikke ubetydelig utskiftning, slik at antallet nyetableringer var større enn den netto økningen av antallet aktive foretak.

¹¹ Et illustrerende eksempel på dette er Energigjenvinningsetaten (EGE) i Oslo, som ved siden av å håndtere kommunens husholdningsavfall utøver betydelig næringsvirksomhet i form av bl.a. forbrenning av næringsavfall samt salg av fjernvarme til Hafslund.

¹² Brandtzæg et al, «Kommunal selskapsstatistikk, status pr. mars 2009» TF – notat nr. 30/2009, s. 17.

¹³ Opdal et al, Kommunale foretak – konsekvenser for folkevalgt styring og lokaldemokrati, IRIS (2012) s. 62.

3.5.2 Aktivitet i konkurransemarkeder og ansvaret for løpende håndtering av underskudd

Et viktig funn i IRIS-undersøkelsen var at 53 prosent av de daglige lederne opplyste at deres foretak var involvert i konkurranseutsatt virksomhet.¹⁴ Når varer eller tjenester tilbys i konkurranse med andre aktører, vil det eksistere et identifiserbart marked, hvilket indikerer at disse foretakene var involvert i økonomisk aktivitet i støtterettslig forstand.

Hoveddelen av omsetningen i disse foretakene var imidlertid ikke knyttet til den konkurranseutsatte virksomheten. I gjennomsnitt oppga respondentene at bare 43 prosent av omsetningen relaterte seg til slike aktiviteter. Motsetningsvis følger det at en betydelig del av omsetningen skriver seg til forvaltningsmessig aktivitet eller tjenester som blir ansett for å skje i egenregi.

Som nevnt ovenfor, er kommunen i siste instans ansvarlig for forpliktelsene til et KF. Spørsmålet om det endelige ansvaret for dekning av kreditorenes krav er imidlertid et annet enn det praktiske spørsmålet om hvem som dekker underskudd løpende etter hvert som de oppstår. IRIS-undersøkelsen avdekket at for om lag 30 prosent av de KF-er som svarte, ville et eventuelt underskudd bli helt eller delvis dekket av kommunen.¹⁵

Samtidig var som nevnt trolig over halvparten av de kommunale foretakene involvert i konkurranseutsatt virksomhet. Dette kan tyde på at det foreligger en ikke ubetydelig risiko for at kommuner overfører midler for å dekke opp for sviktende lønnsomhet i foretak som er aktive på åpne markeder.

Vi nevner avslutningsvis at KOSTRA-tallene vi har bygget på verken viser kommunale kjøp av tjenester fra egne foretak/selskaper eller overføringer fra kommunekassene til disse organene. Det er derfor ikke mulig å tallfeste omfanget av og bakgrunnen for slike verdioverføringer nøyaktig på bakgrunn av dette tallmaterialet.

3.5.3 Når organiseres kommunale aktiviteter i KF?

IRIS' undersøkelse avdekket enkelte klare trender om hvordan kommuner rent faktisk benytter seg av KF som et av flere organisatoriske alternativer. Funnene er interessante, da de blant annet belyser sammenhengen mellom valget av foretaksformen og eventuell konkurranseutsetting av tjenesten.

Det presiseres innledningsvis at tallene bare knytter seg til forholdet mellom IKS, AS og KF som valgt organisasjonsform. Tjenester som produseres innenfor rammen av en tradisjonell forvaltningsmodell eller kjøpes inn fra private, er altså ikke hensyntatt.

IRIS fant at nær to tredjedeler av de kommunale foretakene var involvert innen områdene eiendomsforvaltning og byggdrift, kultur- og idrettsvirksomhet og havnevirksomhet. Den nest største gruppen fantes innenfor områdene næringsutvikling og energivirksomhet, som utgjør 14 prosent av alle kommunale foretak.¹⁶ Med unntak for havnedrift, var kommunale foretak likevel ikke dominerende innenfor disse områdene. Det var langt vanligere å organisere aktivitetene i direkte eide AS.

¹⁴ IRIS-rapporten side 35.

¹⁵ IRIS-rapporten side 36.

¹⁶ IRIS-rapporten side 35.

Det forholder seg altså slik at aksjeselskaper og KF-er i betydelig grad fremstår som alternativer som kan brukes til å organisere likeartet virksomhet.

På andre områder var imidlertid KF den eneste alternative organisasjonsformen som ble benyttet. Innenfor områdene lege/tannlege og omsorg og asylmottak fant man for eksempel ingen AS-er eller IKS-er. KF er også den dominerende alternative organisasjonsformen innenfor områdene jord/skogbruk, helse- og sosial og kjøkkenvirksomhet.¹⁷

Det er verdt å merke seg at foreliggende materiale tyder på at hensynet til konkurranseutsetting ikke synes å være hovedmotivet når kommuner og fylkeskommuner velger å bruke KF-formen. Derimot synes formålet i de fleste tilfeller å være et ønske om mer kostnadseffektiv tjenesteproduksjon og bedre økonomisk styring.¹⁸

Av respondentene i IRIS-undersøkelsen var 50 prosent helt enige i at hensynet til mer kostnadseffektiv tjenesteproduksjon hadde vært et motiv bak opprettelsen av foretaket, og 37 prosent var helt enige i at en ambisjon om bedre økonomisk styring lå bak. På spørsmål om hensynet var å muliggjøre fremtidig konkurranseutsetting, var imidlertid bare 17 prosent av de spurte daglige lederne helt enige.¹⁹

På et overordnet nivå konkluderer IRIS-undersøkelsen med at det ikke foreligger entydige indikasjoner på årsakene til at kommuner velger å benytte seg av KF-formen i stedet for andre organisatoriske alternativer, som for eksempel aksjeselskap.²⁰

Inntrykket vi får fra formuleringene i enkelte eierskapsmeldinger er imidlertid et syn om at KF-formen benyttes når aktivitetene er av hybridkarakter. KF-er etableres gjerne i tilfeller hvor både forretningsmessige og samfunnsmessige hensyn skal ivaretas.²¹

Avslutningsvis fremhever vi at kommuner på noen områder synes å være av den oppfatning at det knytter seg betenkeligheter til å organisere forretningsmessig aktivitet i KF-er. Særlig innenfor parkeringssektoren har dette blitt løftet fram som en følge av det pågående arbeidet med en ny, felles parkeringsregulering.

Bergen og Tromsø kommune har for eksempel vurdert bruken av KF i parkeringsvirksomhet som et resultat av fokuset på statsstøttereglene i denne debatten.²² I Bergen ble den konkurransemessige delen av virksomheten overført til et aksjeselskap²³, mens det, så langt vi vet, ennå ikke er gjort organisatoriske endringer i Tromsø. Fokuset på temaet foranlediget imidlertid en betenkning fra KS-advokatene.²⁴

¹⁷ IRIS-rapporten side 35, se 31 for en fullstendig tabell.

¹⁸ IRIS-rapporten side 60.

¹⁹ IRIS-rapporten side 56.

²⁰ IRIS-rapporten side 68.

²¹ Eierskapsmeldingen for Bergen kommune (vår 2011) s 36, og Kristiansand kommune (ukjent dato) s 12.

²² Eierskapsmelding Bergen kommune (vår 2011) s 59, Eierskapsmelding Tromsø kommune (2013) s. 14.

²³ Eierskapsmeldingen s 59.

²⁴ Betenkning KS advokatene ved Erna Larsen, 9. juli 2010

3.6 Økonomisk aktivitet innenfor kommunen (annet enn KF)

Det er betydelige utfordringer forbundet med å gjøre seg opp en begrunnet mening om omfanget av «økonomisk aktivitet» i EØS-rettslig forstand i norske kommuner. Ingen foreliggende makroundersøkelser har forsøkt å kvantifisere slik aktivitet direkte.

Videre er det betenkelig å basere seg på indirekte bevis, og forutsette at en observasjon av et gitt fenomen indikerer at aktiviteten er «økonomisk». For eksempel kunne det ha vært argumentert for at opplysninger om brukerbetaling ville ha vært relevante, da det presumptivt vil ytes vederlag for tjenester som tilbys i et marked.

Det følger imidlertid ikke med nødvendighet at en sterkt subsidiert tjeneste det ytes vederlag for er å regne som «økonomisk aktivitet». Selv om brukerbetaling er et viktig element i vurderingen av om det foreligger økonomisk aktivitet, er det ikke nødvendigvis alltid tilfellet at slik aktivitet foreligger dersom brukerne må betale for tjenesten, jf. nedenfor i punkt 5.5.

Vi har altså vurdert det slik at foreliggende materiale ikke gir tilstrekkelig grunnlag for begrunnede anslag. Derfor vil vi i det følgende nøye oss med å peke på enkelttilfeller til illustrasjon. I dette ligger det imidlertid ikke at enkelttilfellene er et symptom på generelle trender, eller av spesielt prinsipiell karakter.

Som nevnt innledningsvis, har det funnet sted en dreining mot å skille ut aktiviteter av mer forretningsmessig karakter i alternative organisasjonsformer. Samtidig har kommunene som utgangspunkt en skjønnsmessig adgang til å organisere aktiviteter gjennom den organisasjonsformen de finner mest formålstjenlig.

Det er derfor interessant å merke seg at mens driften av Tromsø kulturhus tidligere var organisert under et KF, hører den nå inn under en resultatenhet i kommunen.²⁵ I den grad aktiviteten var av økonomisk karakter, endres ikke denne klassifiseringen som en følge av omorganiseringen.

Problemstillinger knyttet til hvorvidt internt organisert næringsvirksomhet innenfor kultursektoren utgjør «økonomisk aktivitet» i EØS-rettslig forstand, har for øvrig blitt behandlet av skattedirektoratet, men da knyttet til spørsmål om merverdiavgift. Direktoratet har påpekt at når kommunen selv står økonomisk ansvarlig for konserter med kjente artister, eller fremleier lokaler til bruk under kulturarrangementer, vil den måtte anses for å drive «økonomisk aktivitet».²⁶

Begrepet «økonomisk aktivitet» brukes her i EØS-rettslig forstand, da det er inkorporert i § 4(2) nr. 4 i merverdiavgiftskompensasjonsloven. Denne bestemmelsen er utformet med utgangspunkt i EØS-avtalens begrepsapparat, og innebærer at merverdiavgiftskompensasjon ikke kan gis når enheten som i utgangspunktet hadde vært kompensasjonsberettiget driver «økonomisk aktivitet».²⁷

Skattedirektoratet har også uttalt seg om aktiviteter på andre livsområder. Blant annet har det blitt observert at det å tilby småbåthavner gjennom kommunale havneanlegg utgjør økonomisk aktivitet, at visse tannhelsetjenester som typisk ble tilbudt av private

²⁵ Eierskapsmeldingen s. 4.

²⁶ Prinsipputtalelsen «Kompensasjonsordningen – forespørsel om økonomisk aktivitet», publisert: 18. desember 2008.

²⁷ Ot.prp. nr. 1 (2007–2008) s 200 flg.

ikke medførte krav på merverdiavgiftkompensasjon, fordi kommunene i slike tilfeller utøvde økonomisk aktivitet, og til sist at driften av kommunale asylmottak kunne utgjøre økonomisk aktivitet utøvd i konkurranse med private.²⁸

Formålet med å henvise til disse avgjørelsene i inneværende avsnitt er rent deskriptivt. Vi har bevisst her ikke tatt stilling til om skattedirektoratet har fortolket begrensningen i merverdiavgiftsloven på en måte som er fullstendig harmonisert med det statsstøtterettslige foretaksbegrepet.

Uttalelsene illustrerer imidlertid godt det som er hovedpoenget i inneværende avsnitt, nemlig at «økonomisk aktivitet» i EØS-avtalens forstand kan tenkes å finne sted på svært ulike livsområder, og også i relasjon til kommunale tjenester som er av mer sosial karakter. Selv om det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å fastslå omfanget av den økonomiske aktiviteten som foregår i norske kommuner, håper vi å kunne gi den enkelte kommune en mulighet til å gjøre seg opp en mening om det interne omfanget ved å sammenligne kasuistikken presentert i denne rapporten med egne aktiviteter. Vi har utarbeidet lister som kan være til hjelp i en slik prosess, da de identifiserer spesifikke aktiviteter og uttrykker hvorvidt aktiviteten sannsynligvis er økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand eller ikke (se punkt 5).

3.7 Kort om kommunalt eide aksjeselskaper og IKS-er

Aksjeselskapsformen er den desidert hyppigst forekommende organisasjonsformen. Telemarksforskning fant i 2009 at hele 74,9 prosent av alle kommunale selskaper (KF inkludert), anvendte aksjeselskapsformen.²⁹ Dernest fulgte IKS med 8,8 prosent og KF med 6,5 prosent.

På overordnet nivå kan det se ut som om organisering i formelle selskapsstrukturer som selvstendige rettssubjekter, enten i form av IKS eller kommunalt eide aksjeselskaper, i særlig stor grad brukes ved kommunenes mest næringspregete aktiviteter. I denne forbindelse vises det til listen over aktiviteter som relativt klart vil være økonomiske (se punkt 5.4).

Aksjeselskaper og IKS-er var blant annet særlig dominerende innenfor områder som revisjon og regnskap, reiseliv, IKT, visse finansielle aktiviteter, renovasjon og gjenvinning, energi, næringsutvikling, kollektivtrafikk og eiendomsforvaltning. På enkelte av disse områdene kan det nok problematiseres om aktivitetene består i å tilby varer og tjenester på markedet da sektorene i varierende grad er monopoliserte. Dette beror imidlertid på en konkret, rettslig vurdering som ikke skal foregripes her.

Hovedkonklusjonen er like fullt at i den grad kommuner og fylkeskommuner skiller ut potensielt økonomiske aktiviteter til alternative organisasjonsformer, skjer det i hovedsak ved bruk av aksjeselskapsformen, og i en viss utstrekning ved at det etableres IKS-er. KF-formen er mindre brukt. Det er derfor ikke urimelig å anta at en vesentlig del av de «økonomiske aktivitetene» som kommunene har kontroll over skjer i selvstendige rettssubjekter.

²⁸Avgjørelsene er referert til i merverdiavgiftshåndbokens kapittel 23. 4.

²⁹ Brandtzæg et al. (2009) på s. 19.

4 KORT OVERSIKT OVER EØS-AVTALENS STATSSTØTTEREGLER

4.1 Innledning

Brudd på statsstøttereglene kan få alvorlige konsekvenser – især for støttemottaker, som risikerer å måtte tilbakebetale det mottatte støttebeløpet med renter og rentesrenter. For støttegiver leder klager om påståtte ulovlige tildelinger av statsstøtte ofte til arbeids- og tidkrevende prosesser. En senere reversering av støtte vil være i strid med det opprinnelige ønsket om bruk av det offentlige virkemiddelapparatet som lå til grunn for tildelingen.

I det følgende vil vi gi en kort fremstilling av de overordnede statsstøttereglene, herunder statsstøtteforbudet, unntak fra forbudet og prosessen for godkjenning av støtte.

4.2 Statsstøtteforbudet – EØS-avtalens artikkel 61(1)

4.2.1 Oversikt over forbudet

EØS artikkel 61(1) oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte:

«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som virer eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

For at det skal foreligge ulovlig statsstøtte, må følgende vilkår være oppfylt:

1. Tiltaket må innebære støtte i form av tildeling av en økonomisk fordel (støttebegrepet).
2. Støtten må være gitt av statsmidler (offentlig støtte).
3. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet).
4. Støtten må ytes til foretak som driver økonomisk virksomhet (foretaksbegrepet).
5. Støtten må vri eller true med å vri konkurransen (konkurransesvridningsvilkåret).
6. Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området (samhandelskriteriet).

Samtlige vilkår må være oppfylt for at et tiltak skal være i strid med statsstøtteforbudet. Dersom ett eller flere av vilkårene ikke er oppfylt, kan tiltaket iverksettes uten notifikasjon (melding) til ESA. Hvis samtlige vilkår er oppfylt, må man derimot i utgangspunktet innhente ESAs forhåndsgodkjenning før tiltaket kan iverksettes.

I det følgende vil vi kort gjennomgå hvert enkelt av disse kriteriene for seg.

4.2.2 Støttebegrepet (vilkår nr. 1)

Støttebegrepet skal tolkes vidt og omfatter grovt sagt alle former for økonomiske fordeler som det offentlige yter til mottaker. Rene subsidier, altså ensidig tildeling av penger fra det offentlige til et foretak, innebærer naturligvis støtte. Videre vil eksempelvis offentlige kjøp til overpris, salg av offentlig eiendom til underpris, skatte- og avgiftslettelser og andre tildelinger av formuesgoder gitt fra det offentlige kunne være støtte. Mer indirekte former for støtte, som gunstige lån eller garantier vil også omfattes av forbudet.

4.2.3 Statsmidler – offentlige midler (vilkår nr. 2)

EØS artikkel 61 forbyr «støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler». Også støtte gitt av fylker, kommuner og indirekte støtte tildelt gjennom offentlige eller private organer/selskaper er omfattet. Videre vil støtte fra offentlig eide og kontrollerte virksomheter under gitte omstendigheter også anses som støttegivere (i hovedsak hvis eieren enten direkte eller indirekte har påvirket foretakets handling).

4.2.4 Selektivitetskriteriet (vilkår nr. 3)

Selektivitetsvilkåret innebærer at det må skilles mellom generelle og selektive tiltak. Generelle økonomiske tiltak som kommer all næringsvirksomhet til gode, faller utenfor støtteforbudet i EØS artikkel 61(1). Ordninger som i utgangspunktet er åpne for alle foretak, og der det er fastsatt objektive, ikke-diskriminerende og etterprøvbare kriterier, favoriserer normalt ikke enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester. Motsatt vil ordninger der støttegiver har stor skjønnsfrihet med hensyn til hvem som skal motta støtte og på hvilke vilkår, normalt være selektive. En rekke offentlig finansierte infrastrukturtiltak rammes ikke av statsstøtteforbudet, idet det ofte er tale om generelle tiltak.

4.2.5 Foretaksbegrepet (vilkår nr. 4)

For at statsstøtteforbudet skal komme til anvendelse, må støttemottakeren være et foretak i EØS-rettslig forstand. Utgangspunktet for vurderingen av om det er tale om et foretak er om enheten kan sies å drive "økonomisk virksomhet". Det er nærmest en presumsjon/formodning for at støttemottakeren utøver slik virksomhet dersom enheten produserer varer eller tjenester som omsettes i et marked. Foretaksbegrepet blir utførlig belyst i punkt 5.

4.2.6 Konkurransesvridning og påvirkning av samhandelen

4.2.6.1 Vilåårene

Det skal heller ikke mye til for at konkurranse- og samhandelskriteriet er oppfylt (vilkår nr. 5 og 6). Det er ikke noe krav om at konkurransen rent faktisk må vris og at samhandelen vil bli påvirket som følge av støtten. Det er tilstrekkelig at støtten truer med å vri konkurransen. Også her er det nærmest en presumsjon for at konkurransevidningsvilkåret er oppfylt dersom støttemottaker produserer varer eller tjenester som omsettes i et marked. At støttemottaker ikke opptre i eksport- og importmarkeder er ikke i seg selv tilstrekkelig til å utelukke at samhandelsvilkåret er

oppfylt. Det er normalt tilstrekkelig at støtten gjør det vanskeligere for aktører fra andre EØS-land å etablere seg i det aktuelle norske markedet.

4.2.6.2 Bagatellmessig støtte

Støttebeløp under en viss terskelverdi anses for ikke å påvirke konkurransen eller samhandelen i nevneverdig grad, og regnes av denne grunn ikke som statsstøtte etter EØS artikkel 61(1). Reglene om slik bagatellmessig støtte er gitt i kommisjonsforordning nr. 1998/2006, som er inntatt i EØS-avtalen.³⁰ Den samlede støtten til hvert enkelt foretak kan ikke overstige 200 000 euro over en periode på tre skatteår. Bagatellreglene er nærmere beskrevet i punkt 7.4.

4.3 Oversikt over unntakshjemler – hovedsakelig artikkel 61(3) bokstav c og 59(2)

Støtte som oppfylder vilkårene i artikkel 61(1) er i utgangspunktet ulovlig. Slik støtte kan likevel gis i medhold av en av unntakshjemlene i artikkel 61(2), 61(3) eller 59(2). For å få støtten unntatt i henhold til disse hjemlene må støtten som hovedregel notifiseres til og godkjennes av ESA før den godkjennes.

EØS artikkel 61(2) gir unntak fra støtteforbudet for visse støttekategorier. Dersom vilkårene i EØS artikkel 61(2) er oppfylt, har ESA plikt til å godkjenne støtten når den notifiseres. Art 61(2) omfatter forbrukerstøtte av sosial karakter, støtte for å bøte på naturkatastrofer eller eksepsjonelle hendelser samt støtte til kompensasjon for økonomiske ulemper forårsaket av Tysklands tidligere deling. Unntakene er smale spesialbestemmelser og har sjelden vært brukt av ESA.

EØS artikkel 61(3) angir støtteformer ESA kan godkjenne som forenlig med EØS-avtalen. Mest praktisk er EØS artikkel 61(3) bokstav c:

Støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser.

For at offentlig støtte skal være forenlig med EØS artikkel 61(3) bokstav c, må tre generelle vilkår være oppfylt:

- Støtten må ha et legitimt formål;
- Støtten må være nødvendig;
- Støtten må være proporsjonal.

I tillegg kan det, i medhold av EØS artikkel 59(2), ytes støtte til kompensasjon for utførelser av såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning.³¹

Den nærmere vurderingen av når unntakene kan anvendes vil som regel skje ved bruk av retningslinjer gitt av ESA. Som nevnt, skal i utgangspunktet alle nye støttetiltak notifiseres til og godkjennes av ESA før de kan iverksettes. Det er imidlertid gitt såkalte gruppeunntak som angir relativt klart definerte tilfeller for når støtte kan

³⁰ Kommisjonsforordning nr. 1998/2006 er inntatt i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett ved § 2 i forskrift nr. 1429 av 5. desember 2003 om gjennomføring av EØS-regler om unntak fra notifikasjonsplikt for enkelte former for offentlig støtte.

³¹ Se punkt 7.2.

tildeles etter en enklere fremgangsmåte enn det den alminnelige notifikasjonsprosessen foreskriver.³²

4.4 Oversikt over statsstøtteprosessen

4.4.1 Eksisterende støtte

Enkelt forklart er *eksisterende støtte* all støtte som er gitt under ordninger som eksisterte før EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Slik støtte kan lovlig vedvare inntil ESA treffer vedtak om at ordningen må endres gjennom såkalte formålstjenlige tiltak.

4.4.2 Ny støtte

4.4.2.1 *Støtte gitt i medhold av retningslinjer*

All ny støtte som rammes av EØS artikkel 61(1) må notifiseres til ESA for godkjenning i medhold av unntakshjemler.³³ Som nevnt, kan brudd på meldeplikten lede til alvorlige konsekvenser for støttemottakeren dersom det senere viser seg at støtten var ulovlig og heller ikke forenelig med noen av unntakshjemlene.

Ny støtte kan ikke iverksettes før den er godkjent av ESA.

Hva gjelder ESAs saksbehandling for slik godkjenning, er overvåkningsorganet gitt en tomånedersfrist til å behandle meldingen fra fullstendig notifisering foreligger. ESA kan kreve ytterligere opplysninger hvis meldingen anses som ufullstendig. I de fleste notifikasjonsprosesser må man regne med flere runder med spørsmål fra ESA med påfølgende avklaringer før en notifikasjon anses som fullstendig. Det er derfor ikke uvanlig at denne delen av behandlingen av en notifikasjon kan ta fra fire til seks måneder. Enkle eller godt forberedte notifikasjoner vil imidlertid kunne behandles innen tomånedersfristen. Mer kompliserte støtteordninger kan det fra tid til annen ta lengre tid enn seks måneder å behandle.

Hvis ESA, ved tomånedersfristens utløp, fremdeles er i tvil om støttens forenlighet, er ESA forpliktet til å åpne en såkalt *formell undersøkelsesprosedyre*. Denne prosedyren kan ta inntil 18 måneder. Dette kommer da i tillegg til den tiden som har medgått i den innledende prosedyren. Dersom en ønsker en hurtig avklaring, vil det derfor være viktig at ESA, ved utløpet av tomånedersfristen, ikke er i tvil om støttens forenlighet.

³² Når vi i det følgende skriver om *gruppeunntaket*, mener vi det generelle gruppeunntaket hvor det er gitt unntakshjemler for støtte til en lang rekke formål – *Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation)*. EU-kommisjonen er i ferd med å revidere gruppeunntaket og det er vedtatt at en ny gruppeunntaksforordning vil tre i kraft i løpet av 2014, trolig 1. juli. Det er også gitt et eget gruppeunntak for støtte til oppfyllelse av såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning (*Commission Decision 2012/21/EU*).

³³ Jf. prosedyreforordningen artikkel 2.

4.4.2.2 Støtte gitt i medhold av gruppeunntaket

Støtte gitt i medhold av et gruppeunntak kan gis umiddelbart uten ESAs forhåndsgodkjenning, og må således ikke notiseres. For at støtten skal nyte godt av en slik forhåndsgodkjenning må imidlertid samtlige vilkår i det aktuelle gruppeunntaket være oppfylt. I slike tilfeller kreves det kun at ESA informeres om støtten i etterkant.

5 KOMMUNAL VIRKSOMHET I LYS AV DET EØS-RETTLIGE FORETAKSBEGREPET – NÅR ER SLIK VIRKSOMHET ØKONOMISK AKTIVITET?

5.1 Innledning og sammenfatning

5.1.1 Innledning

5.1.1.1 *Problemstillinger og videre fremstilling*

I dette punkt 5 vil vi, i tråd med rapportens hovedtema, foreta en mer inngående analyse av ett av vilkårene som må være oppfylt for at et tiltak skal rammes av statsstøtteforbudet – nemlig vilkåret om at støtten må gis til et *foretak* (se vilkår nummer 4 i punkt 4.2.5).

Vi vil først gi en generell beskrivelse av foretaksbegrepet (se punkt 5.2). Deretter vil vi i punkt 5.3 oppstille en liste over aktiviteter som normalt ikke vil anses for å utgjøre økonomisk virksomhet, og som man derfor normalt har anledning til å støtte uhindret av statsstøttereglene. I punkt 5.4 gjør vi det motsatte ved å gi en rekke eksempler på aktiviteter som man normalt vil kunne legge til grunn at er økonomisk aktivitet. Deretter gjennomgår vi en rekke praktiske typetilfeller mer i detalj, se punkt 5.5.

Det vil være umulig å behandle alle tenkelige typetilfeller i denne rapporten. De typetilfellene vi behandler vil likevel være nyttige i den forstand at domstolenes og overvåkningsorganenes begrunnelse og konklusjon i ett typetilfelle ofte vil ha overføringsverdi når man vurderer aktiviteter som ennå ikke har fått sin avklaring gjennom praksis.

5.1.1.2 *Forholdet til de øvrige vilkårene i artikkel 61(1)*

Temaet i rapporten knytter seg særlig til foretaksbegrepet – vilkår nummer 4 i statsstøtteforbudet i artikkel 61(1). Hvis enheten en kommune eller fylkeskommune ønsker å tilgodese gjennom et tiltak ikke driver økonomisk aktivitet, så er det ikke tale om støttetilførsel til et foretak. Dermed kan tiltaket gjennomføres uten å bryte statsstøttereglene.

Man kan imidlertid ikke nødvendigvis gå ut fra det motsatte, nemlig at støtte til en enhet som tilbyr varer eller tjenester i et marked er forbudt. Det kan jo tenkes at et av de øvrige vilkårene ikke er oppfylt. I tilfeller hvor det er tvil om hvorvidt foretaksbegrepet er oppfylt, kan det for eksempel også være tvilsomt om samhandelskriteriet er oppfylt. Nedenfor blir foretaksbegrepet, slik det er anvendt på barnehagesektoren, beskrevet ganske inngående. Som det fremkommer der, har ESA konkludert med at privat barnehagevirksomhet ikke er utøvelse av økonomisk aktivitet. I en tidligere avgjørelse fra 2003 om støtte til private barnehager i Oslo la imidlertid ESA uten videre til grunn at støttemottakerne, som ble subsidiert gjennom rimelige leieavtaler, var å anse som foretak:

Firstly, the measure must confer on the day-care facility providers advantages that relieve it of charges that are normally borne from its budget. The support is given in the form of reduced annual leasehold and therefore gives the undertakings a financial advantage they would not have enjoyed in the normal

course of business. The State support measure therefore strengthens the financial position of the day-care facility providers.

Secondly, the measure must be selective in that it favours “certain undertakings or the production of certain goods”. The measure in question only applies to private undertakings, which provide day-care facilities for children between 1 and 6 years old and will be granted to three to four operators per year. The support is therefore selective within the meaning of Article 61 (1) of the EEA Agreement.³⁴

ESA kom imidlertid til at støtten var lovlig, idet samhandelsvilkåret ikke var oppfylt:

However, in order for the State aid measure to fall within the scope of Article 61(1) of the EEA Agreement, the measure in question must distort or threaten to distort competition and affect trade between the Contracting Parties to the Agreement.

It appears that the support at issue will not have any effect on trade between the Contracting Parties for the reasons set out below. It is therefore not necessary to further assess the effect on competition.³⁵

Som det vil fremgå nedenfor, har ESA i noen tilfeller kommet til at foretaksbegrepet ikke har vært oppfylt i tilfeller hvor det etter vår mening ville ha vært mer nærliggende å konkludere med at samhandels- og/eller konkurransevidningsvilkåret ikke var oppfylt.

Ideelt sett kunne man ha foretatt en samlet vurdering av vilkårene for å få et helhetlig bilde av hvilke tiltak til fordel for offentlig eide enheter som er problematiske, og hvilke som ikke er det i lys av statsstøttereglene. En slik fremstilling vil nødvendigvis måtte bli relativt omfattende all den tid selektivitets-, konkurransevidnings- og samhandelsvilkåret reiser en del vanskelige avgrensingsproblemer.³⁶ Hvis ønskelig kan vi naturligvis foreta en slik ytterligere utdypning.

5.1.2 Sammenfatning

Statsstøttereglene får bare anvendelse på «foretak». Foretaksbegrepet bygger ikke på hva en gjerne i norsk dagligtale omtaler som et foretak. I lys av rettspraksis er et foretak enhver enhet som utøver økonomisk aktivitet. Det å levere varer eller tjenester i et marked vil normalt anses som en økonomisk aktivitet. En enhet i en kommune som på en eller annen måte utøver økonomisk aktivitet vil anses som et foretak. Dette selv om enheten ikke er skilt ut i et eget selskap eller er en egen etat.

Statsstøttereglene kommer kun til anvendelse hvor tjenesten leveres i markedsmessige omgivelser. Tjenester kan derfor i noen tilfeller være en markedstjeneste i ett EØS-land, og en tjeneste som er utenfor markedet i et annet EØS-land. Videre vil klassifiseringen av tjenesten kunne endre seg over tid, enten på grunn av politiske valg eller som følge av markedsmessige endringer. Tjenester som på et gitt tidspunkt ikke anses som markedstjenester vil over tid kunne utvikle seg til tjenester som leveres i et

³⁴ ESAs avgjørelse 291/03/COL av 18. desember 2003 om subsidierte festekontrakter til barnehager i Oslo.

³⁵ Det bemerkes likevel at ESA hadde en nærmere begrunnelse for hvorfor vilkåret ikke var oppfylt.

³⁶ Det samme gjelder for så vidt også de to første vilkårene i artikkel 61(1).

marked. I sjeldne tilfeller kan endringer føre til at tjenester som før ble levert i et marked ikke lengre anses å være økonomisk aktivitet.

Der den kommunale aktiviteten innebærer utøvelse av offentlig myndighet, vil det, slik begrepet er tolket i rettspraksis, ikke være tale om økonomisk virksomhet.

Ved vurderingen av om foretaksbegrepet er oppfylt, er det, etter vår oppfatning, i utgangspunktet ikke avgjørende om en enkelt kommune velger å levere tjenesten i egenregi fremfor å kjøpe denne i markedet. Hvis det rent faktisk ikke finnes noe marked for tjenesten, vil imidlertid dette kunne være relevant ved vurderingen. ESA har likevel ofte kommet til at tjenester levert i egenregi ikke utgjør økonomisk aktivitet, uavhengig av markedet for øvrig.

En stor del av dette kapitlet er viet typetilfeller som illustrerer grensdragningen mellom økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter og som er relevant for kommunene. Typetilfellene som er behandlet er:

- Barnehagetjenester
- Undervisningstjenester
- Helse- og omsorgstjenester
- Egenregitilfeller og tilbud av overskuddskapasitet
- Idrettsaktiviteter
- Havnevirksomhet
- Kjøp, salg og utleie av offentlig eiendom
- Kulturaktiviteter
- Parkeringsvirksomhet
- Svømmehaller og badeland
- Kinodrift

Grovt sett vil barnehagetjenester, undervisningstjenester og helse- og omsorgstjenester ofte anses for å være ikke-økonomiske når det offentlige tilbyr disse tjenestene gratis og som en del av det offentlige velferdstilbudet. Konklusjonen kan bli annerledes når de samme tjenestene leveres mot betaling i et marked, også der hvor kjøperen av tjenesten skulle være det offentlige. Når det gjelder de øvrige typetilfellene, vil mange av disse anses som utøvelse av økonomisk aktivitet. Noen av disse konklusjonene kan nok komme overraskende på mange kommuner.

Avslutningsvis i kapitlet knytter vi noen kommentarer til ESAs praksis i lys av praksis fra EFTA-domstolen, EU-domstolen og EU-kommisjonen. ESA synes blant annet å ha lagt større vekt på om tjenesten leveres i egenregi («in-house»), og om tjenesten er lovpålagt enn hva som følger av øvrig praksis. I grenselandstilfeller bør en vurdere å foreta en bred vurdering av rettskildene.

5.2 Overordnet beskrivelse av foretaksbegrepet – økonomisk aktivitet

5.2.1 Innledning

KRD har særlig bedt oss om å belyse kommunal virksomhet i lys av foretaksbegrepet – især hva som ligger i *økonomisk aktivitet* i statsstøtterettslig forstand. De konkrete eksemplene og drøftelsene knyttet til kommunal virksomhet vil i hovedsak bli gitt i punkt 5.5. I dette punktet vil vi gi en overordnet og noe mer abstrakt beskrivelse av foretaksbegrepet. Behandlingen av typetilfellene i punktene 5.3 til 5.5 må således leses i lys av dette punkt 5.2.

5.2.2 Foretaksbegrepet – beskrivelse av økonomisk virksomhet

5.2.2.1 Definisjonen av «foretak» – utgangspunkter

Statsstøttereglene får altså bare anvendelse på støtte til "foretak", jf. ordlyden i artikkel 61(1).³⁷ Hva som er et foretak reiser flere avgrensningsspørsmål. I første rekke oppstår spørsmålet i skjæringsfeltet mellom privat og offentlig virksomhet. Foretaksbegrepet i statsstøtteretten må gis det samme innholdet som foretaksbegrepet under konkurransereglene.³⁸ Samtidig kan det ses hen til praksis under reglene om de fire friheter, blant annet med hensyn til hva som anses som økonomisk kontra ikke-økonomisk aktivitet.³⁹ Inspirasjon til forståelsen av begrepet kan også hentes fra reglene om offentlige anskaffelser, nærmere bestemt forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2(2) som blant annet fastsetter at disse reglene kun får anvendelse på foretak som ikke er av «industriell eller forretningsmessig karakter».

Foretaksbegrepet er ikke legaldefinert i EØS-avtalen, men det finnes en form for definisjon i protokoll 22, hvor det fremgår at *enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art* er et foretak. Etter sin ordlyd gjelder definisjonen kun tolkningen av foretaksbegrepet i artikkel 56 i EØS-avtalen (som regulerer fordelingen av konkurransesaker mellom EU-kommisjonen og ESA). Definisjonen er imidlertid på linje med EU- og EFTA-domstolens praksis hva gjelder det generelle foretaksbegrepet.⁴⁰

Begrepet er autonomt i EU- og EØS-retten, og bygger på en funksjonell tilnærming.⁴¹ Dette viser seg blant annet ved at én og samme enhet kan anses som foretak i én relasjon og ikke som foretak i en annen. Typiske eksempler er offentlige virksomheter som også driver kommersielle aktiviteter, hvilket etter hvert gjelder ganske mange tidligere offentlige etater, for eksempel Mesta, Kystverket og Meteorologisk institutt. Den "konkurransutsatte" delen av virksomheten vil fullt ut være gjenstand for statsstøttereglene, mens den øvrige mer forvaltningspregede delen av virksomheten

³⁷ Om foretaksbegrepet, se Alterskjær, Hjelmeng, Lund og Nordby, Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte s. 46 flg. Se også *Hancher et al*, 3-037, *Kolstad i Sejersted et al.* s. 485 flg. samt s. 602-3.

³⁸ Se *Kolstad i Sejersted et al.* s. 602.

³⁹ Se for eksempel EFTA-domstolens dom i sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority* (21. februar 2008), premiss 81.

⁴⁰ EFTA-domstolens sak E-8/00 *LO v KS*, [2002] EFTA Ct. Rep. s. 116, premiss 62.

⁴¹ Se *Sauter/Schepel*: "State' and 'Market' in the Competition and Free Movement Case Law of the EU Courts", TILEC Discussion Paper, august 2007, s. 60-61: "this case law is clearly functional in nature: the legal status of the entity in question is entirely irrelevant, and the Courts ignore any formal distinctions made as a matter of national law."

ikke vil være det. I slike tilfeller er det særlig viktig å påse at det ikke forekommer såkalt kryssubsidiering mellom den konkurranseutsatte og den ikke-konkurranseutsatte delen av virksomheten.⁴²

Utgangspunktet for vurderingen av om en enhet er et foretak eller ikke er om enheten kan sies å drive "økonomisk virksomhet". Dette utgangspunktet ble blant annet benyttet i den grunnleggende dommen *Höfner*.⁴³ EU-domstolen ga følgende definisjon:

*inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed.*⁴⁴

5.2.2.2 Betydningen av hvordan enheten er organisert – virksomhetens art

Som det fremgår av *Höfner*-dommen, kan en enhet være et foretak uavhengig av om enheten er organisert som et eget rettssubjekt i form av et aksjeselskap, kommandittselskap, interkommunalt selskap eller en annen selskapsform. Også virksomhet som foregår internt i kommunen, enten i et kommunalt foretak eller som del kommunens etater, vil defor kunne anses som et foretak i EØS-rettens forstand.⁴⁵

Vurderingen av om det foreligger økonomisk virksomhet gjøres på bakgrunn av virksomhetens art. I *Pavlovsaken*, som gjaldt konkurransereglene for foretak, heter det at «*enhver virksomhet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, er erhvervsmæssig virksomhed*».⁴⁶ Det er altså liten tvil om at også offentlige foretak vil kunne anses som støttemottagere under statsstøttoreglene.

5.2.2.3 Markedstjenester

Det avgjørende for vurderingen er hvorvidt det offentlige deltar i et marked. Dette innebærer at der det offentlige tilbyr en tjeneste i konkurranse med private eller andre offentlige aktører, vil tjenesten normalt måtte anses for en økonomisk aktivitet. Hvis for eksempel en integrert del av en kommune har overkapasitet og begynner å tilby konsulenttjenester i konkurranse med andre konsultentselskaper, så vil denne aktiviteten være økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand.

⁴² Tilsvarende vil en støtteordning som begunstiger både foretak og enheter som ikke anses som foretak likevel anses som en støtteordning vis-à-vis foretakene, jf. sak C-66/02 *Italia v Kommisjonen*, Sml. 2005 s. 10901, premiss 92.

⁴³ Sak C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotron*, Sml. 1991 s. I-1979. Se også EFTA-domstolens sak E-5/07, dom av 21. februar 2008, *Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority*, premiss 78: "Under EEA competition rules, the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed."

⁴⁴ Premiss 21.

⁴⁵ Sak C-343/95, *Diego Figli Srl v Servizi ecologici pordo di Genova*, Sml. 1997 s. I-1547, premiss 16-18.

⁴⁶ Forenede saker C-180-184/98, *Pavlov*, Sml. 2000 s. I-6451, premiss 75. Se også sak C-35/96 *Italienske tollklarere*, Sml. 1998 s. I-3851, premiss 36 og sak 118/85, *transparensdirektivet*, Sml. 1987 s. 2599, premiss 7: "Staten kan optræde enten som udøver af offentlig myndighed eller som udøver af erhvervsmæssig virksomhed af industriel eller handelsmæssig art, hvorved der udbydes varer og tjenesteydelser på markedet. For at kunne foretage denne sondring må der derfor i hvert enkelt tilfælde foretages en nærmere undersøgelse af den pågældende statslige aktivitet med henblik på at afgøre, hvilken af de nævnte kategorier den falder ind under."

Hvorvidt det foreligger et marked for enkelte typer tjenester vil kunne avhenge av hvordan slike tjenester er organisert i den enkelte EØS-stat. Vi viser blant annet til EU-domstolens dom i *Pouchet og Pistre*, hvor den konkrete organiseringen av velferdssystemene i Frankrike tilsa at administrasjonen av ordningene i disse systemene ikke var å anse som økonomisk aktivitet. Statsstøttereglene kommer kun til anvendelse hvor tjenesten leveres i en form for markedsmessige omgivelser. En og samme tjeneste kan derfor være en markedstjeneste i ett EØS-land, og en tjeneste som ikke er del av et marked i et annet EØS-land. Videre vil klassifiseringen av tjenesten kunne endre seg over tid, enten på grunn av politiske valg eller på grunn av markedsmessige endringer. Tjenester som ikke anses som markedstjenester vil over tid kunne utvikle seg til tjenester som leveres i et marked. I sjeldne tilfeller kan endringer føre til at tjenester som før ble levert i et marked ikke lengre anses å være økonomisk aktivitet.⁴⁷

5.2.2.4 Potensielle markeder

Enkelte har tolket *Höfner* dit hen at offentlig virksomhet som potensielt også *vil kunne* drives av private automatisk vil anses som økonomisk virksomhet. Slik vi ser det, kan *Höfner* imidlertid ikke forstås på den måten. Saken gjaldt Bundesarbeitsamts enerett til å formidle arbeidskraft i Tyskland. Den tyske domstolen hadde stilt spørsmål ved om denne eneretten var i strid med reglene om fri bevegelse – et spørsmål domstolen ikke besvarte fordi den fant at saksforholdet i hovedsaken ikke hadde grenseoverskridende virkning. Derimot fant Domstolen at Bundesarbeitsamt, i den konkrete relasjonen, var å anse som et "foretak" underlagt konkurransereguleringen fordi det var tale om "økonomisk virksomhet". EU-domstolen uttalte:

Den omstændighed, at arbejdsformidlingsvirksomhed normalt er overdraget offentlige kontorer, kan ikke påvirke denne virksomheds økonomiske karakter. Arbejdsformidlingsvirksomhed har ikke altid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige enheder. Denne konstatering gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere.

*Heraf følger, at en enhed som et offentligt arbejdsanvisningskontor, der udøver arbejdsformidlingsvirksomhed, kan betegnes som virksomhed med henblik på anvendelse af fællesskabskonkurrencereglerne.*⁴⁸

Domstolen ga ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor arbeidsformidling var å anse som en økonomisk virksomhet, men påpekte at virksomhetens karakter ikke ble endret ved at den (på tidspunktet da dommen ble avsagt) utelukkende ble utført av et offentlig foretak. Vurderingen må gjøres konkret for det enkelte tilfelle og virksomhetsområde. Det vil etter vår oppfatning være å trekke dommen for langt å innfortolke et generelt prinsipp om at virksomhet som potensielt kan utføres av private (eller som faktisk utføres av private i andre medlemsstater) automatisk skal anses som en økonomisk virksomhet.

Denne problemstillingen er kanskje først og fremst aktuell ved offentlig tjenesteproduksjon. Av særlig interesse er den såkalte barnehagesaken, som vi kommer

⁴⁷ Se blant annet beskrivelsen i EU-kommisjonens meddelelse om anvendelsen av statsstøttereglene på tjenester av allmenn økonomisk betydning, publisert i EU tidende 2012 C8/4, premiss 12.

⁴⁸ Sak C-41/90, *Höfner and Elser v Macrotрон*, Sml. 1991 s. I-1979, premiss 22-23.

nærmere tilbake til nedenfor.⁴⁹EFTA-domstolens utgangspunkt i barnehagesaken er at det ikke er relevant om tjenesten i prinsippet kan utøves av private, selv om dette utgangspunktet nok må nyanseres noe.

5.2.2.5 Betydningen av vederlag

En vare eller tjeneste som leveres i et marked vil normalt utføres mot et vederlag. Vederlaget kan komme fra brukeren, staten, kommunene eller forsikringsordninger. Motsatt vil tjenester som leveres uten at det betales et markedsmessig vederlag kunne indikere at tjenesten ikke leveres i et marked.

Når tjenesten er fullfinansiert av det offentlige som en del av de alminnelige budsjettene uten at det betales noe vederlag for den enkelte tjenesteleveranse (enten fra brukeren eller det offentlige), og det ikke foregår noen konkurranse om levering av tjenesten, vil tjenesten ofte anses som ikke-økonomisk. Vi kommer tilbake til de nærmere grensedragnetene nedenfor, blant annet i forbindelse med barnehage-tjenester, utdanningstjenester og helse- og omsorgstjenester.

Ved en del offentlige tjenester vil borgerne betale ulike former for vederlag. Det kan reises spørsmål ved om dette vil føre til at virksomheten klassifiseres som *økonomisk*. Det faktum at borgerne faktisk betaler et vederlag eller en avgift for å motta tjenesten vil ikke automatisk lede til at den klassifiseres som *økonomisk*. Dette følger blant annet av EU-domstolens praksis hva gjelder tjenestebegrepet, og av EFTA-domstolens dom i Barnehagesaken knyttet til statsstøttereglene. Det ble lagt vekt på at tjenesten var avhengig av betydelige offentlige tilskudd, og langt fra ble fullfinansiert gjennom brukerbetaling. I enkelte typer saker (typisk på helse- og utdanningsområdet) er det ofte lagt vekt på om tjenesten er overveiende finansiert av det offentlige, det vil si at minst 50 prosent av kostnaden dekkes av det offentlige. I så tilfelle kan dette tale for at det ikke er tale om økonomisk aktivitet.

5.2.2.6 Utøvelse av offentlig myndighet

Der den offentlige aktiviteten innebærer utøvelse av offentlig myndighet, vil det, slik begrepet er tolket i rettspraksis, ikke være tale om økonomisk virksomhet.⁵⁰ Det må altså sondres mellom utøvelse av offentlig myndighet på den ene siden, og utøvelse av økonomisk virksomhet av industriell eller handelsmessig art, på den andre siden. I tråd med det generelle utgangspunktet er det den konkrete virksomhetens karakter som må vurderes. Som illustrasjon kan det vises til EU-domstolens uttalelser i Eurocontrol, som gjaldt vurderingen av om flykontroll utgjorde økonomisk virksomhet:

Ud fra en helhedsbetragtning er Eurocontrol's virksomhed som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende kontrollen af og de politimæssige opgaver i luftrummet, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler.⁵¹

⁴⁹ Sak E-5/07, *Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority*

⁵⁰ Et lite forbehold må likevel tas for tilfeller hvor tradisjonell forvaltningsvirksomhet er konkurranseutsatt/markedet er «åpnet» med den følgen at den aktuelle offentlige enheten reelt sett opptrer i et konkurransemarked.

⁵¹ Sak C-364/92, *Eurocontrol*, Sml. 1994 s. I-43, premiss 30. Flyplassmyndigheter anses imidlertid som foretak, jf. sakene om greske og portugisiske flyplasser i EUT 1999 L 69 s. 24 og 31.

Også private organer kan drive myndighetsutøvelse og dermed være unntatt statsstøttereglene for så vidt gjelder akkurat denne virksomheten. Et eksempel i så måte kan være kontroll av tivoli og fornøylesparker i Norge, som tidligere var delegert til Det norske Veritas. I *Diego Cali* vurderte EU-domstolen et privat organ som hadde fått overdratt miljøtilsynsoppgaver i en havn. Slike oppgaver vil som utgangspunkt inneholde elementer av offentlig myndighetsutøvelse. Domstolen kom til at den aktuelle aktiviteten ikke var omfattet av EF-traktaten. Det heter i avgjørelsen at:

Det miljøovervågningsarbejde, SEPG har fået overdraget at udføre i oliehavnen i Genova, er en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet.

Et sådant overvågningsarbejde er som følge af sin art, sit formål og de regler, det er undergivet, således knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler.⁵²

5.2.2.7 Betydningen av egenregi

I vurderingen av om noe utgjør en økonomisk aktivitet kan det noen ganger være uklart om det at tjenesten leveres i egenregi vil ha betydning ved vurderingen. Når kommunen selv produserer en tjeneste som den selv forbruker, kunne man hevde at den konkrete tjenesten ikke leveres i et marked. EU-kommisjonens klare utgangspunkt er at det *ikke* har betydning om tjenesten leveres i egenregi. Det avgjørende synes å være om andre leverandører både kan levere tjenesten og er villig til å levere den i markedet, ikke om den konkrete kommunen velger å «lukke» markedet ved å levere tjenesten til seg selv. EU-kommisjonen har blant annet uttalt at:

More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.⁵³

EU-kommisjonen viste til en rekke forordninger, uttalelser fra generaladvokaten i EU-domstolen og sin egen forvaltningspraksis som støtte for sitt syn.⁵⁴

ESAs praksis synes imidlertid i noen avgjørelser å stå i motstrid til EU-kommisjonens syn. I blant annet avgjørelsene om Mesta,⁵⁵ renovasjonselskapene,⁵⁶ Analysesenteret⁵⁷ og Akasia/Bergen Kirkelige Fellelsråd⁵⁸ har ESA lagt stor, og muligens avgjørende vekt på at tjenesten leveres i egenregi ved tolkningen av om tjenesten utgjør økonomisk aktivitet.

⁵² Sak C-343/95, *Diego Cali*, Sml. 1997 s. I-1547, premiss 22-23.

⁵³ EU-kommisjonens meddelelse om anvendelsen av statsstøttereglene på tjenester av allmenn økonomisk betydning, publisert i EUT 2012 C8/4, premiss 13.

⁵⁴ Se fotnoten til premiss 13.

⁵⁵ ESAs avgjørelse 390/09/COL av 7. oktober 2009 om etableringen av Mesta AS.

⁵⁶ ESAs avgjørelse 91/13/COL av 27. februar 2013 om finansiering av kommunale avfallsselskaper.

⁵⁷ ESAs avgjørelse 129/13/COL av 20. mars 2013 med forslag til formålstjenlige tiltak hva gjelder statsstøtte til Analysesenteret i Trondheim.

⁵⁸ ESAs avgjørelse 144/13/COL av 10. april 2013 om påstått støtte i forbindelse med tjenester levert av Bergen Kirkelige Fellelsråd og Akasia.

EU-kommisjonens syn harmonerer godt med hvordan begrepet ellers er forstått av EU-domstolen, selv om kommisjonsuttalelsen sitert ovenfor muligens er for absolutt. Til en viss grad vil jo levering av tjenester internt fjerne karakteren av at tjenesten er en markedstjeneste. På den annen side er det vanskelig å se at ESAs syn fullt ut har støtte i rettspraksis. Som et utgangspunkt vil det, etter vår oppfatning, derfor *ikke* være avgjørende ved vurderingen av foretaksbegrepet om en enkelt kommune velger å levere tjenesten i egenregi fremfor å kjøpe denne i markedet. Hvis myndighetene i Norge har valgt å lukke markedet i hele landet, slik at det rent faktisk ikke finnes noe marked for tjenesten, vil imidlertid dette kunne være relevant ved vurderingen.

5.2.2.8 *Lovpålagte oppgaver*

I enkelte av ESAs avgjørelser har et av momentene ved vurderingen av om enheten er et foretak vært om oppgaven som enheten utfører har vært lovpålagt. Det synes som om ESA har vært tilbakeholdene med å karakterisere utøvelsen av slike lovpålagte oppgaver som økonomisk aktivitet.

Med unntak av de oppgavene som må anses som lovpålagt utøvelse av myndighet, har vi vanskelig for å se at det ved vurderingen av foretaksbegrepet skal legges særlig vekt på om oppgaven som utøves er lovpålagt. Et slikt pålegg vil imidlertid ofte kunne være relevant ved vurderingen av forenligheten av støtten – altså spørsmålet om hvorvidt støtten kan tildeles i medhold av en unntakshjemmel fra statsstøtteforbudet.

5.2.2.9 *Oppsummering*

Avslutningsvis under dette avsnittet minner vi om at foretaksbegrepet er tolket vidt – det skal ikke mye til for at en enhet anses for å være et foretak i EØS-rettslig forstand. Som nevnt er det en presumsjon for at en enhet er et foretak dersom denne tilbyr varer eller tjenester i et marked. Det er kun unntaksvis at domstolene og overvåkningsorganene konkluderer med at et tiltak ikke rammes av statsstøttereglene fordi mottakeren av støtten ikke er et foretak.

5.3 Aktiviteter som relativt klart ikke er å anse som økonomisk aktivitet – typiske myndighetshandlinger mv.

5.3.1 *Overordnet*

Rettspleie og det offentliges lovgivningsaktiviteter er klart nok ikke økonomiske aktiviteter.

Etter den tradisjonelle læren er *forvaltning* all den offentlige virksomhet som ikke er lovgivning eller rettspleie. Kommunene har ansvar for et stort antall lovpålagte oppgaver som er hjemlet i et omfattende sektorregelverk. Videre er kommunenes kompetanse negativt avgrenset hvilket gir dem betydelig frihet til å involvere seg i andre typer oppgaver og aktiviteter, herunder til å drive forretningsvirksomhet.

Når kommunene utfører disse oppgavene, inntar de ulike roller overfor borgerne, og rettsgrunnlaget for kommunens handlinger og beslutninger varierer. Organiseringen av kommunens virksomhet vil også være avhengig av hvilken oppgave som skal utføres.

Enkelte sider ved den virksomheten som tradisjonelt har vært oppfattet som forvaltningsvirksomhet, vil være økonomisk aktivitet. En rekke av disse aktivitetene

blir belyst i punkt 5.4 og 5.5. I dette punktet går vi gjennom aktiviteter som det er relativt klart at ikke er å anse som økonomisk aktivitet. Forutsetningen nedenfor er at kommunen utfører aktivitetene selv med egne medarbeidere.⁵⁹

Kommunene utfører en rekke aktiviteter som er forankret i lov eller i kommunenes egne beslutninger. Tradisjonelt har disse oppgavene vært regnet som utøvelse av offentlig myndighet, og denne utøvelsen har igjen vært regnet som en aktivitet av ikke-økonomisk karakter. Fortsatt er det nok slik at store deler av disse aktivitetene ikke regnes som økonomiske aktiviteter. Det tradisjonelle utgangspunktet kan likevel ikke tas for gitt, og aktivitetene må vurderes konkret. Det som i EØS-rettslig forstand regnes som myndighetsutøvelse er nok snevrere enn hva man tradisjonelt har ansett som omfattet av begrepet *myndighetsutøvelse* i Norge.

Hvis aktivitetene nedenfor utføres av kommunen og tilbys gratis, vil de som et klart utgangspunkt ikke anses som økonomiske aktiviteter:

- *Utførelse av offentlige kontroll- og tilsynsoppgaver*
- *Utførelse av lovpålagte myndighetsoppgaver (eksempelvis brannberedskap etter brann- og eksplosjonsloven)*
- *Utførelse av kommunale servicetyelser (eksempelvis veiledning ved utfylling av skjemaer og andre oppgaveplikter)*

I slike tilfeller er det vanskelig å si at kommunen tilbyr varer eller tjenester i et marked mot betaling.

5.3.2 Aktiviteter knyttet til beslutningsprosesser som utføres av kommunene som øvrighet

En sentral del av kommunenes forvaltningsvirksomhet er å opptre som øvrighet ved å fastsette regler og ved å avgjøre enkeltsaker. I disse situasjonene benytter kommunene sin myndighet til å regulere forhold av betydning for kommunen og dens innbyggerne. Slike beslutningsprosesser anses ikke som økonomisk aktivitet, uavhengig av om de munner ut i beslutninger, (enkel)vedtak eller forskrifter. Blant de aktivitetene som hører inn under slike beslutningsprosesser er

- Forberedelse og fastsettelse av regler for kommunen og dens innbyggere.
- Forberedelse og avgjørelse av søknader om bevilgninger, tillatelser og dispensasjoner.
- Forberedelse og avgjørelse av saker om forbud og sanksjoner innenfor lovgivningens rammer.
- Forberedelse og avgjørelse av saker om planlegging og prioritering av kommunens ressurser. Et eksempel er arealplanlegging etter plan- og bygningsloven (inkludert arealanalyser, landskaps- og byforming, og avveining av geodata, naturforvaltning og samferdsel).

⁵⁹ Aktiviteten skal ikke uten videre regnes som en økonomisk aktivitet selv om de utføres av eksterne. Da må man imidlertid foreta en konkret vurdering, istedenfor å basere seg på utgangspunktene i dette punktet.

5.3.3 Annen administrativ virksomhet i kommunene

Kommunene og fylkeskommunene utøver også annen administrativ aktivitet. Den administrasjonsaktiviteten kommunene utøver internt ved hjelp av egne ansatte, regnes ikke som økonomisk aktivitet. Dette omfatter ulike typer ordinær drift som:

- Internt HR-arbeid.
- Økonomistyring internt i kommunen, for eksempel fakturahåndtering, fakturakontroll, føring av kommunenes eget regnskap, samt utarbeidelse av handlingsprogram, budsjettering, oppfølging og rapportering.
- Ivaretagelse av kommunenes samarbeid med interesseorganisasjoner og lignende.
- Gjennomføring av kommunenes innkjøp til bruk i ikke-økonomiske aktiviteter, herunder kommunenes kontraktsoppfølging.

5.4 **Aktiviteter som relativt klart er å anse økonomisk aktivitet**

I det følgende gir vi en oversikt over aktiviteter som typisk vil måtte betegnes som økonomiske aktiviteter i EØS-rettslig forstand.

Siden vurderingen av om en aktivitet er økonomisk aktivitet i utgangspunktet beror på en konkret vurdering, må listen nedenfor brukes og leses med et kritisk blikk. Det kan tenkes at man i en gitt situasjon kan komme til at en aktivitet er ikke-økonomisk selv om lignende tilfeller har blitt behandlet motsatt. Vi tror likevel at opplistingen kan fungere som en nyttig veiledning. Normalt bør kommunene være bevisste på at det kan reise statsstøtterettslige problemstillinger dersom man ønsker å tildele offentlig støtte til en enhet som utøver og tilbyr aktivitetene som listet opp nedenfor i et marked.

Listen pretenderer ikke å være uttømmende. Som det vil fremkomme i det følgende, er det tale om aktiviteter som typisk utøves av private selskaper. Fra tid til annen ser man at det offentlige begir seg inn på slike aktiviteter som er klart kommersielle og konkurranseutsatt.

Ved utarbeidelsen av listen har vi sett hen til systematikken i Doffin-databasen, CPV-koder og undersøkt tjenestetilbudene til noen norske kommuner.⁶⁰ Følgende aktiviteter vil som den klare hovedregel være å anse som økonomiske aktiviteter:

- Anlegg og maskineri – salg og utleie
 - Anleggsutstyr og maskineri
 - Helse, Miljø Sikkerhetsutstyr
 - Mekaniske komponenter og reservedeler
 - Verktøy og tilbehør
- Fast eiendom
 - Arkitekttjenester

⁶⁰ En annen kilde som gir en tilnærmet uttømmende liste over ulike næringsaktiviteter er registeret over NACE-koder i EU (næringskoder som også benyttes for registreringsformål i Norge). En liste over de ulike næringskodene finnes på EU-kommisjonens hjemmeside http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/index/nace_all.html.

- Gravearbeider
- Grunnvedlikehold
- Ingeniørtjenester i forbindelse med endringer eller vedlikehold
- Leveranser av materialer
- Oppussing
- Spesialistarbeider som snekker og malertjenester
- Sprengning
- Tømmermannsarbeider
- Salg, utleie og leasing

- Catering, mat og husrom
 - Kantinedrift
 - Restaurantdrift
 - Salg og utleie av cateringutstyr
 - Hotell- og restauranttjenester
 - Andre overnattingstjenester

- Elektrisitet og belysning
 - Salg og utleie av elektrisitets- og belysningsrekvisita
 - Elektrisitets- og belysningstjenester, herunder planlegging og vedlikehold av elektrisk anlegg og armatur.

- Energi
 - Salg av elektrisitet til sluttbruket.
 - Produksjon, salg og distribusjon av, gass, petroleum, kull, torv, annet brensel, damp og varmt vann

- Kontorutstyr og tjenester – produksjon, salg og utleie av
 - Skrivesaker, kontorrekvisita og kontorutstyr
 - Kopimaskiner
 - Makulatorer
 - Papir og papirprodukter
 - Skrivere, skannere og faksmaskiner

- IT og teknologi – salg, utleie og distribusjon av
 - Audiovisuelle tjenester
 - Audiovisuelt utstyr
 - Fotografiske tjenester
 - Fotoutstyr
 - IT Forbruksvarer
 - IT Maskinvare
 - IT Programvare
 - Nettverk infrastruktur

- Rådgivningstjenester og tekniske tjenester
 - Innkjøpsrådgivning
 - Supporttjenester
 - Programmering
 - Lagring- og backuptjenester
 - Vedlikehold av datasystemer
 - Nettverkstjenester

- Laboratorieutstyr og laboratorietjenester – salg, utleie og distribusjon av
 - Kjemikalier til bruk i laboratorium
 - Laboratorium forbruksvarer
 - Laboratorium og forskningsutstyr
 - Analysetjenester, herunder vannprøver og jordprøver.

- Møbler og innredning – Produksjon, salg utleie og distribusjon av
 - Alle typer møbler og innredning, herunder møbelhåndverk og produksjon av pyntegenstander
 - Hvitevarer
 - Lekeplassutstyr
 - Senger og madrasser
 - Tepper og gulvbelegg

- Transporttjenester
 - Båttransport
 - Flyreiser
 - Salg og utleie av kjøretøyer, trailere og deler til kjøretøy
 - Kurértjenester
 - Passasjertransport
 - Reisebyråttjenester
 - Spesialtransport / Kjøretøyer
 - Taxitjenester

- Trykkeritjenester
 - Administrasjon av trykkeritjenester
 - Bokbinding og ferdigstillingstjenester
 - Forlagstjenester
 - Trykkeriutstyr
 - Trykking av brevpapir, formularer ol.
 - Trykking av forbruksvarer
 - Trykte bøker, brosjyrer, plakater og løpesedler

- Yrkes og konsulenttjenester

- Andre tjenester
 - Forsikringstjenester
 - Grafiske utformingstjenester
 - Jordbruks- skogbruks og hagebrukstjenester

- Bergverk, gruvedrift og annen relatert utnyttelse av naturressurser
 - Sand-, grus- og leireproduksjon, distribusjon og salg
 - Uttak og utnyttelse av mineraler, metaller og andre ressurser fra jorda
 - Foredling og videreforedling, f.eks. til grunnmetaller og legeringer
 - Saltproduksjon og distribusjon
 - Produksjon av gjødsel, kunstig eller naturlig.

- Bygge- og anleggsvirksomhet
 - Forberedende anleggsarbeid, herunder rivning og bygg og grunnanalyser
 - Ingeniør og rådgivningstjenester, for eksempel strukturell utforming.
 - Oppføring av bygning, infrastruktur, rørledninger etc.
 - Delarbeider og delleranser
 - Utleie av entreprenørmateriell, personell og utstyr

- Installasjonsarbeider
 - Installasjon av armatur, elektrisk anlegg og vann og avløpssystemer
 - Isoleringsarbeider
 - Maskininstallasjon

5.5 Praktiske typetilfeller

5.5.1 Innledning

I det følgende vil vi foreta en mer dyptpløyende fremstilling av en del typetilfeller som relativt hyppig reiser statsstøtterettslige problemstillinger. Eksemplene kan omtales som grensetilfeller i den forstand at det i noen grad har vært tvilsomt hvorvidt den aktuelle aktiviteten skulle anses som økonomisk aktivitet eller ikke. Etter hvert har de fleste av typetilfellene vi behandler fått sin avklaring – særlig gjennom praksis fra ESA og EU-kommisjonen. For de fleste praktiske formål kan man legge ESAs og EU-kommisjonens konklusjoner til grunn, men vi understreker at det ikke er sikkert at EU- og EFTA-domstolen ville ha kommet til samme resultat i alle sakene. Der vi antar at det kan være tvil om hvorvidt ESAs og Kommisjonens avgjørelser ville ha stått seg ved en eventuell domstolsprøving, vil vi knytte noen kommentarer til dette.

Som nevnt lar det seg ikke gjøre å behandle alle tenkelige typetilfeller i denne rapporten. Det er intensjonen at begrunnelsene og konklusjonene i typetilfellene vi behandler nedenfor likevel vil være nyttige når man vurderer om aktiviteter som ennå ikke har fått sin avklaring gjennom praksis er å anse som økonomiske aktiviteter eller ei.

5.5.2 Barnehagesektoren

5.5.2.1 Innledning

Barnehager som virksomhet illustrerer hvor vanskelig grensedragningen mellom økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter kan være. Finansieringen av *kommunale* barnehager har vært behandlet av både ESA og EFTA-domstolen. ESA har også senere behandlet finansieringen av *private* barnehager, om enn noe mindre grundig. Vi vil i det følgende fokusere på de EØS-rettslige vurderingene av kommunal barnehagedrift, før vi avslutningsvis knytter noen kommentarer til ESAs behandling av privat barnehagedrift.

5.5.2.2 Kommunale barnehager

I februar 2005 klaget Private barnehagers landsforbund (PBL) til ESA og hevdet at finansieringsordningen for kommunale barnehager utgjorde statsstøtte som diskriminerer private barnehager. Uten å åpne formell undersøkelse, la ESA i sin avgjørelse av 27. februar 2007 til grunn at finansieringsordningen for kommunale barnehager ikke utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1). Én av begrunnelsene var at den kommunale barnehagedriften måtte anses som ikke-økonomisk virksomhet.

Saken var et av de første tilfellene hvor ESA behandlet grensene for foretaksbegrepet på statsstøtteområdet. Allerede på vedtakelsestidspunktet var det ansett som relativt sannsynlig at klageren ville bringe avgjørelsen inn for EFTA-domstolen. Blant annet på bakgrunn av disse to forholdene, er avgjørelsen mer detaljert og omfangsrik enn det som ellers er vanlig for vurderinger av foretaksbegrepet.

Dette bidrar til at saken har betydelig informasjonsverdi hva gjelder innholdet i begrepet «økonomisk aktivitet» også utenfor barnehagesektoren. Vi vil derfor i det følgende beskrive saken relativt inngående og sitere de mest relevante delene av avgjørelsen.

ESA innleder foretaksbegrepsdrøftelsen med å vise til hvordan det lignende begrepet har blitt forstått i konkurranseretten for øvrig, altså i artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen, og i daværende 81 og 82 i EU-traktaten. I konkurranseretten for øvrig anvendes begrepet på enheter som utøver økonomisk aktivitet:

For a measure to be covered by Article 61(1) of the EEA Agreement, it has to be granted to undertakings. The term undertaking has been developed mainly in relation to Articles 81 and 82 of the EC Treaty to which Articles 53 and 54 of the EEA Agreement correspond, but must be construed the same way as regards Article 87 (1) of the EC Treaty to which Article 61(1) of the EEA Agreement corresponds. The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity. Any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity. It must therefore be assessed whether the municipalities, when providing kindergarten places for their constituency, are engaged in an economic activity by offering goods or services on a market or whether their activities are non-economic in nature.

ESA viser videre til at en rekke organisasjoners virksomhet ikke vil anses som økonomiske aktiviteter. Dette gjelder blant annet aktiviteter utøvd av fagforeninger,

politiske partier, kirkesamfunn og andre religiøse organisasjoner, forbrukerorganisasjoner, veldedige organisasjoner og hjelpeorganisasjoner. ESAs vurderinger synes i stor grad å være basert på en uttalelse fra EU-kommisjonen om tjenester av allmenn økonomisk betydning fra 2001.⁶¹ Dette betyr imidlertid ikke at *alle* aktiviteter utøvd av slike virksomheter vil anses som ikke-økonomiske aktiviteter, noe også EU-kommisjonens meddelelse indikerer:

*However, whenever such an organisation, in performing a general interest task, engages in economic activities, application of Community rules to these economic activities will be guided by the principles in this Communication respecting in particular the social and cultural environment in which the relevant activities take place.*⁶²

Hvorvidt det å tilby barnehagetjenester skulle anses å være økonomisk aktivitet eller ikke var ikke tidligere behandlet av ESA, EU-kommisjonen, EFTA-domstolen eller EU-domstolen. Det forelå imidlertid noe praksis knyttet til et beslektet område, nemlig utdanningssektoren. EU-kommisjonen hadde flere ganger vurdert om utdanningstilbud fra nasjonale utdanningssystemer kunne anses som en tjeneste slik begrepet benyttes i EU-traktatens bestemmelser om fri flyt av tjenester.

Begrepet «tjeneste» i disse reglene er ikke identiske med foretaksbegrepet i statsstøttebestemmelsen. Ved vurderingen av om en enhet skal anses som et foretak under støttereglene, vil det imidlertid være sentralt om enheten leverer varer eller tjenester i et marked. EU-domstolens praksis relatert til tjenestereglene vil dermed kunne være relevant også ved tolkningen av statsstøttebestemmelsen.

I tråd med dette, trakk ESA i stor grad veksler på EU-domstolens praksis knyttet til forståelsen av tjenestereglene i den konkrete saken om støtte til kommunale barnehager. EU-domstolen hadde tidligere kommet til at undervisning ved utdanningsinstitusjoner som var en del av det nasjonale utdanningssystemet ikke utgjorde tjenester i EU-traktatens forstand. Vi siterer følgende fra ESAs avgjørelse:

The European Court of Justice has regarded that courses given by educational institutions under the national education system do not constitute services within the meaning of the EC Treaty.

Only services provided for remuneration are to be considered as services within the meaning of the EEA Agreement. An essential characteristic of remuneration lies in the fact that it constitutes consideration for the service in question, and is normally agreed upon between the provider and the recipient of the service. The Court of Justice considered that that characteristic is absent in the case of courses provided under the national education system. The State, in establishing and maintaining such a system, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields. Secondly, the educational system was, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents. That parents sometimes must make a certain contribution to the operating expenses of the system did not alter that conclusion.

⁶¹ Communication from the Commission Services of general interest in Europe (2001/C 17/04), premiss 30: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:c:2001:017:0004:0023:en:pdf>

⁶² Ibid, premiss 30.

ESA benyttet deretter denne praksisen vedrørende forståelsen av tjenestereglene ganske direkte ved vurderingen av det statsstøtterettslige foretaksbegrepet.⁶³ Selv om dette kan framstå som en nyvinning i ESAs beslutningspraksis, forelå det enkelte avgjørelser fra EU-kommisjonen som inneholdt lignende vurderinger. Dette gjaldt blant annet støtte til franske fotballklubber⁶⁴ og til et «college» i Tsjekkia.⁶⁵ ESA viste til begge disse avgjørelsene i sin beslutning.

Til støtte for avgjørelsen, viste ESA også til rettspraksis fra konkurranseretten, som omhandlet spørsmålet om sykeforsikringsfond skulle anses som foretak i EØS-rettslig forstand. Blant annet ble EU-domstolens avgjørelser i *Poucet og Pistre*, *Cisal* og *AOK Bundesverband* trukket frem.⁶⁶ I alle disse sakene konkluderte domstolen med at institusjonene ikke utøvde økonomisk aktivitet.

ESA fremhevet spesielt at tilbudet av barnehageplasser i Norge har en rekke fellestrekk med skolesystemet. Videre ble det vektlagt at hensikten med ordningen ikke var at kommunene skulle involvere seg i økonomisk virksomhet. Formålet var derimot å oppfylle det offentliges plikter ovenfor befolkningen innenfor sosial-, kultur- og utdanningsområdet:

Therefore, it is nothing that indicates that the municipalities by providing these services have any intention whatever to engage in a gainful activity. On the contrary, the municipalities are fulfilling their duties towards their own populations in the social, cultural and educational fields.

Det er verdt å merke seg at ordlyden så å si er identisk med EU-domstolens formuleringer i tilsvarende saker på tjenesteområdet.

Som nevnt tidligere vil spørsmålet om tjenesten ytes mot vederlag ofte kunne indikere om tjenesten er av økonomisk karakter. I barnehagesaken var situasjonen slik at mesteparten av kostnadene var dekket av det offentlige, mens foreldrene betalte en egenandel på ca. 20 prosent.⁶⁷ ESA kom til at en slik egenandel ikke endret karakteren av tjenesten. Det ble blant annet vist til at egenandelen ikke relaterte seg til de reelle kostnadene, og til at det var en rekke elementer av sosial karakter ved beregningen av egenandelens størrelse (søskenmoderasjon, unntak ved lav inntekt etc).

Avslutningsvis trakk ESA frem at aspekter ved tilbudet av barnehageplasser minnet om myndighetsutøvelse. Dette gjaldt blant annet pliktene til å ha et tilstrekkelig antall barnehageplasser og inntaksbestemmelser. Det synes imidlertid ikke som om ESA la vesentlig vekt på dette aspektet. ESA konkluderte med at kommunale barnehager ikke var å anse som foretak.

PBL utfordret ESAs beslutning og brakte saken inn for EFTA-domstolen. Domstolen vurderte det imidlertid slik at PBL ikke hadde nødvendig søksmålsinteresse til å utfordre de materielle sidene av vedtaket. Derimot ble organisasjonen innrømmet

⁶³ ESA viste blant annet til sak 263/86 Humbel [1988] ECR 5365, premiss 15-20 og sak C-109/92 Wirth [1993] ECR I-6447, premiss 14-19.

⁶⁴ State aid N 118/00 – France, Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels, vedtak av 25.04.2001, SG (2001) D/288165.

⁶⁵ State aid NN 54/2006 – Czech Republic, Přerov logistics College, vedtak av 8.11.2006, C (2006) 5228.

⁶⁶ Forenede saker C-159/91 og C-160/91 Poucet og Pistre [1993] ECR I-637, sak 218/00 Cisal, forenede saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01 AOK Bundesverband [2004] ECR I-2493.

⁶⁷ På tidspunktet for beslutningen ca. 2250 kroner.

søksmålskompetanse i spørsmålet om hvorvidt ESA – på prosessuelt grunnlag – burde ha åpnet såkalt formell undersøkelsesprosedyre. I slike saker vil det sentrale spørsmålet være om ESA burde ha vært *i tvil* om støttens forenlighet med EØS-avtalen. I den konkrete prøvingen var EFTA-domstolen enig med ESA i at det ikke var tvilsomt at kommunale barnehager faller utenfor foretaksbegrepet og at det derfor heller ikke var påkrevet å åpne formell undersøkelsesprosedyre. Søksmålet fra PBL ble følgelig avvist.

Selv om det materielle spørsmålet om foretaksbegrepets omfang ikke ble direkte prøvd for domstolen, gikk EFTA-domstolen derfor like fullt inn på spørsmålet i forbindelse med den prosessuelle siden av saken. Her støtter EFTA-domstolens uttalelser i hovedsak opp om ESAs vurderinger, men det er enkelte nyanser i uttalelsene fra domstolen som det er verdt å merke seg.

For det første skriver domstolen at det ikke er relevant om tjenesten i prinsippet kan leveres av en privat aktør:

[w]hen the nature of an activity carried out by a public entity is assessed with regard to the State aid rules, it cannot matter whether the activity might, in principle, be pursued by a private operator. Such an interpretation would basically bring any activity of the State not consisting in an exercise of public authority under the notion of economic activity. (vår utheving)

Denne uttalelsen synes å gå lengre enn hva som ellers kan utledes av rettspraksis og praksis fra ESA og EU-kommisjonen. På bakgrunn av rettskildebildet for øvrig er vi av den oppfatning at det nok vil være et *relevant* moment ved klassifikasjonen av hva som skal anses som økonomisk aktivitet om aktiviteten i prinsippet kan utøves av en privat aktør. Det betyr ikke at det nødvendigvis vil være *avgjørende*. EFTA-domstolens uttalelse avskjærer tilsynelatende relevansen av dette momentet i større grad enn det er grunnlag for i foreliggende rettskildemateriale. De videre vurderingene er det imidlertid lettere å slutte seg til, nemlig at en må foreta en konkret vurdering av aktiviteten som utøves:

It follows that the specific circumstances under which the activity is performed have to be taken into account in order to assess whether the Norwegian municipalities, when offering their kindergarten places, are providing a service as an economic activity or whether they are exercising their powers in order to fulfil their duties towards their population.

Videre er det verdt å merke seg at domstolen slutter seg til ESAs bruk av EU-domstolens praksis på tjenesteområdet ved vurderinger under statsstøttebestemmelsene. Så vidt vi kjenner til er det første gang en av domstolene så uttrykkelig har uttrykt at praksis ved vurderingen av tjenestereglene kan overføres til statsstøtteren:

In this respect, the reasoning of the ECJ in Humbel, which concerned the notion of "service" within the meaning of the fundamental freedoms, can be transposed to a State aid case such as the one at hand.⁶⁸

⁶⁸ Sak E-5/07, *Private Barnehagers Landsforbud v EFTA Surveillance Authority*, dom av 21. februar 2008, premiss 80.

EFTA-domstolen støtter også ESAs syn om at betaling av en egenandel ikke medførte at tjenesten endret karakter fra ikke-økonomisk til økonomisk. Her støtter EFTA-domstolen seg på lignende betraktninger i saker fra EU-domstolen på utdanningsområdet. Formuleringene i EFTA-domstolens dom minner i så henseende om tilsvarende formuleringer fra EU-domstolen på tjenesteområdet:

The parents' fee which constitutes only a fraction of the true costs of the service cannot be qualified as a quid pro quo vis-à-vis the municipal kindergartens, but only as a contribution to a system which is predominantly funded by the public purse. It is therefore clear that the Norwegian State, when establishing and maintaining a system where every child increases the costs incurred, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields.⁶⁹

Kommunale barnehager anses således ikke som økonomisk virksomhet som er gjenstand for støttereglene. Det er verdt å merke seg at barnehagesaken bærer preg av at EFTA-domstolen har lagt stor vekt på rettspraksis fra EU-domstolen hva gjelder anvendelsen av reglene på utdanningssektoren i tilfeller der tjenesten hovedsakelig finansieres av det offentlige. Derfor er det noe usikkert hvor langt EFTA-domstolens vurdering i Barnehagesaken kan overføres til andre livsområder. Etter vår oppfatning må de grunnleggende prinsippene i vurderingene ha overføringsverdi, men resultatene av vurderingene i Barnehagesaken kan ikke anvendes ukritisk i andre typer saker.

5.5.2.3 Finansiering av private barnehager

En senere og langt mindre kjent «avgjørelse» er ESAs brev til norske myndigheter om den statsstøtterettslige klassifiseringen av finansieringen av *private* barnehager.⁷⁰ Da nærværende utredning i hovedsak behandler når kommunal virksomhet anses som økonomisk, går vi ikke dypt inn i ESAs vurderinger av private barnehager. Det er likevel interessant at ESA går langt i å klassifisere også privat barnehagedrift som en ikke-økonomisk aktivitet.

I brevet viser ESA til en dialog med norske myndigheter hvor spørsmålet var om en ny finansieringsordning for private barnehager skal anses som meldepliktig statsstøtte. ESA nærmet seg dette spørsmålet ved å ta utgangspunkt i EFTA-domstolens dom i saken om kommunale barnehager og man gjentok hovedlinjene i denne. Etter ESAs vurdering kunne det påvises tilstrekkelige likhetstrekk mellom de to ulike typene barnehager til at også private barnehagers drift skal anses som ikke-økonomisk:

Based on the information at hand, the above considerations of the EFTA Court also seem to apply to private kindergartens under the envisaged legal framework, in particular, since the parents' fees constitute only a fraction of the true costs of the service of private kindergartens and do not seem to qualify as a quid-pro-quo vis-a-vis the private kindergartens. They only seem to serve as a contribution to a system which is predominantly financed by the public purse. Moreover, under the proposed law the State seems to control the essential parameters of the activity of private kindergartens (i.e. State

⁶⁹ Sak E-5/07, *Private Barnehagers Landsforbud v EFTA Surveillance Authority*, dom av 21. februar 2008, premiss. 82. Jf. også sak C-343/95, *Diego Cali*, Sml. 1997 s. I-1547, premiss 24-25 og sak 263/86, *Humbel*, Sml. 1988 s. 5365, premiss 16-19 (fri bevegelse for tjenester).

⁷⁰ ESAs brev til norske myndigheter datert 3. februar 2012, signert av ESA-president Oda Sletnes. Brevet finnes her: <http://www.eftasurv.int/media/public-documents/622986.pdf>

compensation, fees, salaries, quality of service, etc.) to an extent that leaves very little room for commercial discretion. Based on the information at hand the Authority comes to the preliminary conclusion that the activities of private kindergartens in Norway should a priori be considered as non-economic in nature. This also seems to be in line with the recently revised rules on public service compensation adopted on 25 January 2012 which refer to the above mentioned judgement.

På bakgrunn av dette, samt subsidiære vurderinger om at vilkårene i den såkalte Altmarkdommen uansett ville være oppfylt, ble konklusjonen i ESAs uformelle vurdering at tiltaket ikke utgjorde statsstøtte.

Avgjørelsen bærer preg av at ESA har unnlatt å ta stilling til de elementene i EFTA-domstolens dom som kunne indikere at premissene *ikke* kan overføres ukritisk til private aktørers utøvelse av samme type virksomhet. Begrunnelsen for ESAs vurdering er i det hele vanskelig å forstå, og vi kan ikke rent umiddelbart se at resonnementet har støtte i EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis. Vi går imidlertid ikke nærmere inn på betydningen av denne observasjonen her, da dette spørsmålet i hovedsak er relevant for *privat* utøvelse av virksomhet.

5.5.3 Undervisningssektoren

Som nevnt i beskrivelsen av barnehagesektoren, vil offentlig finansiert utdanning levert av offentlige utdanningsinstitusjoner normalt ikke anses som økonomisk aktivitet. Da vi har gått gjennom rettspraksis og forvaltningspraksis på utdanningsområdet relativt grundig i behandlingen av barnehagesektoren, gjentar vi ikke denne praksisen her.

Det er imidlertid opplysende å trekke frem en sak som særlig illustrerer skillet mellom utdanning som ikke-økonomisk aktivitet og utdanning som økonomisk aktivitet. I ESAs avgjørelse om videregående skoler var spørsmålet om visse sikkerhetskurs som ble tilbudt ved videregående skoler utgjorde økonomisk aktivitet.

Etter å ha vist til de generelle utgangspunktene ved vurderingen av hva som utgjør et foretak i EØS-avtalens forstand, bekrefter ESA, i tråd med etablert praksis, at det er irrelevant hvordan enheten som utøver tjenesten er organisert. Videregående skoler vil derfor anses som foretak i den grad de tilbyr tjenester i et marked.⁷¹ På den annen side anerkjente man eksplisitt at EU-domstolens praksis slår fast at offentlig finansiert utdanning levert som en del av utdanningssystemet ikke er å anses som en tjeneste levert i markedet.⁷²

I tråd med vurderingene etter tjenestereguleringene, bemerket ESA at utdanning kan anses som økonomisk aktivitet når tjenesten leveres mot vederlag. ESA belyste den glidende overgangen til markedsaktivitet ved å vise til EU-domstolens praksis:

(30) However, the Court of Justice has stated that in certain circumstances, teaching offered by State schools may constitute an economic activity. "It is undisputed that, in parallel with schools belonging to a public educational system whereby the State performs its task in the social, educational and

⁷¹ ESAs avgjørelse 267/13/COL av 26. juni 2013 om sikkerhetskurs ved videregående skoler, se premiss 28.

⁷² Se premiss 29.

cultural areas, the financing of which is essentially from public funds, there are schools in certain Member States which do not belong to such a system of public education and which are financed essentially from private funds. The education provided by such schools must be regarded as a service provided for remuneration”.

(31) The Court of Justice has later confirmed that “courses given by educational establishments essentially financed by private funds, notably by students and their parents, constitute services within the meaning of Article 50 EC, since the aim of those establishments is to offer a service for remuneration”. (Emphasis added)

(32) Furthermore, the Commission has examined the case of Italian training institutes which offered two types of training. First, the institutes provided institutional, social targeted vocational training: they had been entrusted with training which was provided to individuals in the framework of public education, and which was paid for by the State or its regions. Second, the training institutes offered market training activities, which were addressed both to undertakings and their employees and to individuals, who paid a market price. The Commission considered that the institutes’ offers of training to undertakings and their employees and to individuals constituted an economic activity.

På bakgrunn av dette kom ESA til at videregående skoler som tilbyr sikkerhetskurs til ansatte innen olje og skipsfart mot vederlag må anses som utøvere av økonomisk aktivitet, og dermed som foretak.⁷³

5.5.4 Helse- og omsorgstjenester

Helse- og omsorgstjenester som leveres av kommunene i henhold til et solidaritetsprinsipp og som er fritt tilgjengelige for kommunens innbyggere uten direkte brukerbetaling som finansieringskilde, vil etter vår vurdering normalt ikke anses som økonomisk aktivitet.

Der hvor tjenestene leveres i et marked med andre offentlige og private aktører, vil imidlertid også kommunens leveranser av de samme tjenestene kunne være av økonomisk karakter. Hva som anses som økonomisk aktivitet kan derfor endre seg ved endringer av organiseringen av hvordan slike tjenester leveres til innbyggerne.

Hvorvidt helsetjenester levert i EØS-området er av økonomisk karakter, har til dels vært omstridt. Nedenfor går vi gjennom de mest relevante rettskildene og oppstiller noen utgangspunkter for vurderingen av om helse- og omsorgstjenester skal anses som økonomisk aktivitet. Det er ikke rom for å analysere alle helse- og omsorgstjenester i hver enkelt kommune i denne rapporten. Vi tror likevel at nedenstående fremstilling vil være til hjelp ved vurderingen av de ulike tjenestene.

Kommunene leverer et omfattende helse- og omsorgstilbud. Etter lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)⁷⁴ § 3-1 har

⁷³ Se premiss 33 og 34.

⁷⁴ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven), LOV-2011-06-24-30

kommunene det overordnede ansvaret for at personer som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester.

Kommunens helse- og omsorgstjeneste omfatter alle offentlig organiserte helse- og omsorgstjenester som ikke sorterer under stat eller fylkeskommune. Kommunene står etter § 3-1 siste ledd fritt til å velge om de skal levere tjenestene selv, eller om tjenestene skal leveres ved at kommunen inngår avtale med andre offentlige eller private tjenesteytere. Kommunen skal etter § 3-2 blant annet tilby følgende:

1. *Helsefremmende og forebyggende tjenester, herunder:*
 - a. *helsetjeneste i skoler og*
 - b. *helsestasjonstjeneste*
2. *Svangerskaps- og barselomsorgstjenester*
3. *Hjelp ved ulykker og andre akutte situasjoner, herunder:*
 - a. *legevakt,*
 - b. *heldøgns medisinsk akuttberedskap og*
 - c. *medisinsk nødmeldetjeneste*
4. *Utredning, diagnostisering og behandling, herunder fastlegeordning*
5. *Sosial, psykososial og medisinsk habilitering og rehabilitering*
6. *Andre helse- og omsorgstjenester, herunder:*
 - a. *helsetjenester i hjemmet,*
 - b. *personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt,*
 - c. *plass i institusjon, herunder sykehjem og*
 - d. *avlastningstiltak.*

Videre har fylkeskommunene ansvaret for tannhelsetjenester, jf. lov om tannhelsetjenesten.⁷⁵

Mange avgjørelser vedrørende spørsmålet om helsetjenester er å anse som økonomisk aktivitet eller ikke, gjelder slike typer tjenester som i Norge tilbys av helseforetakene, og som dermed ikke er direkte relevante for kommunene. Vurderingene som er gjort i de nevnte sakene vil imidlertid også være relevante for analysen av det kommunale helse- og sosialtilbudet til kommunens innbyggere. Vi vil i det følgende derfor foreta en relativt grundig gjennomgang av praksis vedrørende helsetjenester som sådan.

Et eksempel i så måte er EU-domstolens avgjørelse i *Glöckner*, som gjaldt utøvelse av ambulansetjenester mot betaling. Domstolen kom til at ambulansetjenester var levert mot betaling, og at slike tjenester ikke bare ble levert av det offentlige eller hjelpeorganisasjoner. Leveringen av slike tjenester ble dermed ansett som utøvelse av økonomisk aktivitet. Vi viser til premiss 20-22 i dommen:

20 In the present case, the medical aid organisations provide services, for remuneration from users, on the market for emergency transport services and patient transport services. Such activities have not always been, and are not

⁷⁵ Lov om tannhelsetjenesten (tannhelsetjenesteloven), LOV-1983-06-03-54.

necessarily, carried on by such organisations or by public authorities. According to the documents before the Court, in the past Ambulanz Glöckner has itself provided both types of service. The provision of such services therefore constitutes an economic activity for the purposes of the application of the competition rules laid down by the Treaty.

21 Public service obligations may, of course, render the services provided by a given medical aid organisation less competitive than comparable services rendered by other operators not bound by such obligations, but that fact cannot prevent the activities in question from being regarded as economic activities.

22 As regards the provision of emergency transport services and patient transport services, entities such as the medical aid organisations must therefore be treated as undertakings within the meaning of the competition rules laid down by the Treaty.⁷⁶

Vi antar at man ville ha kommet til samme konklusjon ved en vurdering av lignende tjenester i Norge. Ambulansetjenester og annen transport av pasienter er dels anbudsutsatt og blir dels utført av det offentlige. Tjenesten som sådan vil dermed være levert i et marked. Vi er imidlertid usikre på om ESA ville ha kommet til samme konklusjon i tilfeller hvor kommunen leverer tjenesten til seg selv i egenregi. ESA har tidligere vært tilbakeholdene med å karakterisere slik virksomhet som økonomisk aktivitet, selv om tjenesten som sådan ikke skiller seg fra tjenester som leveres av private i markedet. Det som synes klart er at i de tilfellene hvor kommuner for eksempel tilbyr sine tjenester i nabokommunen, eller i anbudskonkurranse med andre offentlige eller private aktører, vil leveringen av tjenestene anses som utøvelse av økonomisk aktivitet. Vi viser i denne sammenheng til ESAs avgjørelse av redningsselskapet i 2013. ESA viste til at Redningsselskapet blant annet deltok i anbudskonkurranser om leveranser av ambulansetjenester, og at tjenesten derfor var av økonomisk karakter:

(19) On the one hand, Redningsselskapet provides services to customers by inter alia participating in public tenders for the provision of ambulance transport services by maritime vessel. This activity consists of the provision of services on a market in competition with private companies. The Authority considers that such services represent an economic activity. Thus, Redningsselskapet acts as an undertaking when carrying out these types of activities.⁷⁷

EU-kommisjonen synes å legge til grunn at levering av helsetjenester i utgangspunktet er å anse som økonomisk aktivitet. Vi viser blant annet til EU-kommisjonens veileder om tjenester av allmenn økonomisk betydning,⁷⁸ hvor «*Medical services provided either in a hospital environment or elsewhere*» er satt opp på listen over tjenester av økonomisk karakter. Dette bygger blant annet på EU-domstolens avgjørelser i C-157/99 *Smits*, forenede saker 286/82 og 26/83 *Luisi og Carbone*, C-159/90 *Society for*

⁷⁶ Sak C-475/99 *Glöckner* [2001] ECR I-8089, premiss 19-22.

⁷⁷ 176/13/COL

⁷⁸ EU-kommisjonens veileder om tjenester av allmenn økonomisk betydning (side 31): http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf

*the Protection of unborn children, C-368/98 Abdon Vanbraekel og T-167/04 Asklepios Kliniken.*⁷⁹

Offentlig sykehusdrift og lignende leveranser av helse- og omsorgstjenester vil derimot i mange sammenhenger anses som ikke-økonomisk aktivitet. Det foreligger en lang rekke avgjørelser som i så henseende er interessante.⁸⁰ Én avgjørelse er særlig illustrerende for problemstillingen, nemlig sak T-319/99 FENIN. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt innkjøp av medisiner og utstyr til spanske sykehus utgjorde en økonomisk aktivitet som i så fall ville være omfattet av konkurransereglene. Retten uttalte innledningsvis at spørsmålet måtte sees i sammenheng med hva de innkjøpte varene skulle benyttes til. Selv om saken konkret gjaldt innkjøp av legemidler, illustrer saken også den rettslige vurderingen av sykehusdrift som sådan:

36 In this connection, it is the activity consisting in offering goods and services on a given market that is the characteristic feature of an economic activity (see, to that effect, Case C-35/96 Commission v Italy [1998] ECR I-3851, paragraph 36, and Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v Commission, cited in the preceding paragraph, paragraph 36), not the business of purchasing, as such. Thus, as the Commission has argued, it would be incorrect, when determining the nature of that subsequent activity, to dissociate the activity of purchasing goods from the subsequent use to which they are put. The nature of the purchasing activity must therefore be determined according to whether or not the subsequent use of the purchased goods amounts to an economic activity.

At innkjøpene som sådanne hadde en betydelig økonomisk effekt på innkjøpsmarkedene var ikke avgjørende, så lenge varene skulle benyttes i en utelukkende sosial kontekst – nemlig sykehusdrift:

37 Consequently, an organisation which purchases goods — even in great quantity — not for the purpose of offering goods and services as part of an economic activity, but in order to use them in the context of a different activity, such as one of a purely social nature, does not act as an undertaking simply because it is a purchaser in a given market. Whilst an entity may wield very considerable economic power, even giving rise to a monopsony, it nevertheless remains the case that, if the activity for which that entity purchases goods is not an economic activity, it is not acting as an undertaking for the purposes of Community competition law and is therefore not subject to the prohibitions laid down in Articles 81(1) EC and 82 EC.

Avgjørende for om helseforetak utøver økonomisk aktivitet er om denne aktiviteten utøves i henhold til et solidaritetsprinsipp hvoretter virksomheten er finansiert av offentlige avgifter og skatter og tilbys innbyggerne i form av universell dekning med i høyden begrenset brukerbetaling:

38 Next, it is appropriate to point out that, in Poucet and Pistre, cited in paragraph 14 above (paragraphs 18 and 19), in reaching the conclusion that

⁷⁹ Case C-157/99 *Smits* [2001] ECR I-5473, paragraph 53; Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone* [1984] ECR 377, paragraph 16; Case C-159/90 *Society for the Protection of unborn children* [1999] ECR I-4685, paragraph 18; Case C-368/98 *Abdon Vanbraekel* [2001] ECR I-5363, paragraph 43; Case T-167/04 *Asklepios Kliniken* [2007] ECR II-2379, paragraphs 49-55.

⁸⁰ Se især forenede saker C-159/91 and C-160/91 *Poucet and Pistre* [1993] ECR I-637 og C-41/90 *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979.

*the organisations managing the health funds in question in that case were not carrying on an economic activity and were not, therefore, undertakings for the purposes of Articles 81 EC and 82 EC, the Court relied on the fact that they were fulfilling an exclusively social function, that their activity was based on the principle of national solidarity and, lastly, that they were non-profit-making, the benefits paid out being statutory benefits that bore no relation to the level of contributions. As regards the judgments in *Fédération française des sociétés d'assurance* and *Others and Albany*, cited in paragraphs 26 and 27 above respectively, it should be observed that, in those judgments, the Court confirmed the approach adopted in *Poucet and Pistre* (*Fédération française des sociétés d'assurance* and *Others*, paragraphs 15 and 16, and *Albany*, paragraph 78), albeit that a lesser degree of solidarity in the operation of those schemes persuaded it that the organisations concerned were in fact undertakings. Those cases thus leave the principle posited in *Poucet and Pistre* intact.*

39 It is not disputed in the present case that the SNS, managed by the ministries and other organisations cited in the applicant's complaint, operates according to the principle of solidarity in that it is funded from social security contributions and other State funding and in that it provides services free of charge to its members on the basis of universal cover. In managing the SNS, these organisations do not, therefore, act as undertakings.

40 It follows that, in accordance with the rule set out in paragraphs 37 and 38 above, the organisations in question also do not act as undertakings when purchasing from the members of the applicant association the medical goods and equipment which they require in order to provide free services to SNS members.

I saken om offentlige sykehusapoteker har ESA kommet med lignende betraktninger hva gjelder den delen av driften som retter seg mot sykehusene. Når det gjelder salg til pasienter og andre kunder for øvrig, anser ESA imidlertid dette som økonomisk aktivitet.⁸¹

Helseforetak og leveranser av helse av omsorgstjenester som er en del av den nasjonale helsetjenesten, og som er basert på solidaritet, finansiert direkte av det offentlige og som tilbyr sine tjenester gratis til alle, vil dermed normalt ikke anses som foretak i EØS-avtalens forstand. Vi viser blant annet til EU-kommisjonens oppsummering i sin veileder om tjenester av allmenn økonomisk betydning:

The organisation of public hospitals which are an integral part of a national health service and are almost entirely based on the principle of solidarity, funded directly from social security contributions and other State resources, and which provide their services free of charge to affiliated persons on the basis of universal coverage. See para. 21 et seq. of the Communication on the factors distinguishing economic from non-economic activities in the area of health care.

⁸¹ Se ESAs vedtak 460/13/COL av 20. november 2013 om forslag til formålstjenlige tiltak når det gjelder statsstøtte til offentlig eide sykehusapoteker i Norge. Foretaksbegrepet er behandlet i premiss 57 til 64.

Hvor helsetjenester hovedsakelig finansieres av brukerne eller deres forsikrings-selskaper, og hvor det foregår en viss form for konkurranse om brukerne, vil levering av tjenestene normalt anses som økonomisk aktivitet. Det at slike tjenester leveres gjennom et offentlig system vil i slike tilfeller ikke være tilstrekkelig til at tjenesten skal anses som ikke-økonomisk:

24. In many other Member States, hospitals and other health care providers offer their services for remuneration, be it directly from patients or from their insurance. In such systems, there is a certain degree of competition between hospitals concerning the provision of health care services. Where this is the case, the fact that a health service is provided by a public hospital is not sufficient for the activity to be classified as non-economic.

25. The Court of Justice and the General Court have also clarified that health care services which independent doctors and other private practitioners provide for remuneration at their own risk are to be regarded as an economic activity. The same principles would apply as regards independent pharmacies.⁸²

Hvorvidt tilbud av helsetjenester skal anses som økonomisk eller ikke-økonomisk aktivitet vil altså i stor grad avhenge av finansieringen av den enkelte tjenesten, og vurderingen vil kunne slå ulikt ut alt ettersom hvordan et land har organisert helsevesenet sitt.

Kommunale helse- og omsorgstjenester som leveres av norske kommuner i henhold til et solidaritetsprinsipp og som er fritt tilgjengelige for kommunens innbyggere uten direkte brukerbetaling som finansieringskilde, vil etter normalt ikke anses som økonomisk aktivitet. Private tjenesteyteres leveranser av de samme tjenestene på vegne av kommunene, valgt etter anbud, vil imidlertid ofte utgjøre økonomisk aktivitet.

I tilfeller hvor tjenestene leveres i et marked med andre offentlige og private aktører vil imidlertid også kommunens leveranser av de samme tjenestene lett bli ansett for å være økonomisk virksomhet. Et eksempel kan være levering av tannhelsetjenester. Slike tjenester vil ofte være basert på brukerbetaling, selv om enkelte fylker og kommuner bidrar økonomisk. Tannhelsetjenester er både i Norge og ellers i EØS-området⁸³ ofte ansett for å være av økonomisk karakter, herunder en tjeneste som leveres av både det offentlige og private i en form for marked. ESA har nylig foreslått formålstjenlige tiltak for den norske finansieringen av tannhelsetjenester. ESA skiller mellom tannhelsetjenester som leveres gratis som en del av velferdstilbudet, og tannhelsetjenester som utøves mot betaling (selv om betalingen ikke nødvendigvis dekker alle kostnadene ved utøvelsen av tjenesten). I den førstnevnte situasjonen konkluderer ESA med at det offentlige ikke utøver økonomisk aktivitet, mens ESA kommer til motsatt konklusjon der hvor den samme tjenesten leveres mot betaling:

1.3.1 Services to patients covered by Section 1-3(1) of the DHSA

(21) In that regard, it is the view of the Authority that DOT's provision of services, free of charge, to the patients covered by Section 1-3(1)(a)-(e) of the

⁸² EU-kommisjonens meddelelse om tjenester av allmenn økonomisk betydning.

⁸³ Se blant annet Heiser-dommen fra EU-domstolen, sak C-172/03 *Wolfgang Heiser v Finanzamt Innsbruck* ("Heiser"), premiss 29-35,

DHSA, does not constitute an economic activity, but fulfils a purely social function. In this regard, DOT does not act as an undertaking.

1.3.2 Services to patients covered by Section 1-3(2) of the DHSA

(22) DOT also provides dental care to adults for remuneration, on the basis of Section 1-3(2) of the DHSA. According to that provision, DOT is obliged to ensure that dental care is available to all citizens to a reasonable extent. The Norwegian authorities have informed the Authority that in remote and sparsely populated areas, the provision of dental care is far more costly than in central and densely populated areas as it is more expensive to operate small practices or to provide travelling dentists. In these areas, the fees charged do not cover the cost of the treatment. Nevertheless, the Authority finds that DOT, in so far as it offers services to adults for remuneration, is an economic activity. Therefore, DOT are, in this regard, considered to be undertakings within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement.⁸⁴

I lys av det ovenstående, beror ikke vurderingen av hva som anses som økonomisk aktivitet på en statisk vurdering. Den rettslige klassifikasjonen kan endre seg ved endringer av organiseringen av hvordan slike tjenester leveres til innbyggerne, eller gjennom endringer i markedet forøvrig.

5.5.5 Egenregitilfeller og tilbud av overskuddskapasitet

5.5.5.1 Innledning

Mange kommuner og kommunalt eide enheter leverer tjenester til seg selv (i egenregi). Samtidig ser man stadig oftere at kommunale enheter tilbyr tjenester til andre – eksempelvis til nabokommuner. Slike tjenester vil da ofte kunne anses som tjenester som leveres i et marked, selv om dette ikke alltid vil være tilfelle. Nedenfor vil vi belyse problemstillingen gjennom konkrete saker som har vært behandlet av ESA.

5.5.5.2 Bergen Kirkelige Fellesråd/Akasia⁸⁵

Bergen Kirkelige Fellesråd (BKF) administrerer kirker, kirkegårder, barnehager, kapeller og tilknyttede eiendommer, og har mer enn 400 ansatte. BKF utfører blant annet trepleie, landskapspleie, landskapsarkitekttjenester, ingeniørtjenester, renhold og regnskapstjenester.⁸⁶ Størstedelen av tjenestene er knyttet til egne eiendommer og andre kirkeeiendommer i Bjørgvin/Hordaland. I tillegg yter BKF tjenester til kunder som ikke er tilknyttet kirken.

BKF er hovedsakelig offentlig finansiert. Riss Landskap AS og Norske Anleggsgartnere Region Vest innga klage til ESA med påstand om at BKF Landskap, BKF Bygg og BKF Økonomi mottok ulovlig statsstøtte. ESA drøftet spørsmålet om hvorvidt BKF var et foretak på følgende måte:

⁸⁴ Side 5 i ESAs såkalte artikkel 17(2)-brev til norske myndigheter av 5. november 2013 om påstått kryssubsidiering i forbindelse med levering av offentlige tannhelsetjenester.

⁸⁵ ESAs avgjørelse 144/13/COL av 10. april 2013

⁸⁶ Fra 1. januar 2013 gjøres dette gjennom en egen enhet underlagt BKF ved navn Akasia, uten at dette hadde noe å si for den rettslige vurderingen.

(30) Before 1 January 2013, BKF provided services to external customers by inter alia participating in tenders, for example for tree care and landscaping contracts. This activity consisted of the provision of services on a market. The Authority therefore considers it to represent an economic activity. Thus, BKF acted as an undertaking when carrying out these activities.

(31) However, the Authority does not consider BKF to have offered services on a market when it provided services to other church councils within the county of Hordaland, which all belong to the bishopric of Bjørgvin. As mentioned, the NCA [Norwegian Church Act] lays down a number of responsibilities for the church councils. For example, church councils are obliged by law to take responsibility for the construction, operation and maintenance of churches and cemeteries. As many church councils do not have the resources or the personnel to fulfil these obligations themselves the services were provided by BKF. This provision of services is the result of the internal cooperation, in line with the NCA, between the church councils in Hordaland, which belong to the bishopric of Bjørgvin. Such internal cooperation cannot be held to be carried out on a market in competition with other market players. It therefore cannot be considered as an economic activity. BKF did therefore not act as an undertaking when it provided services to other church councils in the bishopric of Bjørgvin.

Når man skal vurdere om en aktivitet er økonomisk aktivitet eller ikke, legger man normalt vekt på arten av en aktivitet, og ikke hvem den utøves til fordel for. I den aktuelle saken kom ESA likevel til at de samme aktivitetene kunne være økonomisk aktivitet i ett tilfelle og ikke i et annet.⁸⁷ Nærmere bestemt kom ESA til at for eksempel arkitekttjenestene som BKF utførte var å anse som økonomisk aktivitet når denne ble utført overfor «eksterne» kunder – eksempelvis når BKF utnyttet overskuddskapasitet til å inngi tilbud i konkurranse med andre tilbydere av tilsvarende tjenester. Kommunale tjenester som leveres til egne innbyggere og som anses som ikke-økonomiske, skulle dermed, etter ESAs syn, anses som økonomisk aktivitet når tjenesten leveres til andre kommuner eller direkte til innbyggere i andre kommuner. Hvis tjenesten derimot leveres til innbyggere i to kommuner i et samkommune- eller vertskommunesamarbeid vil vårt utgangspunkt være at et slikt samarbeid ikke bør vurderes på en annen måte enn om tjenestene ble levert i en og samme kommune.

I den konkrete saken kom ESA til at det ikke var tale om utøvelse av økonomisk aktivitet når tjenestene var knyttet til egne eiendommer og andre kirkeeiendommer i Bjørgvin/Hordaland. Synspunktet var at det var tale om en form for internt samarbeid og organisering av oppgavene og at tjenestene derfor ikke ble tilbudt i et marked.⁸⁸

Etter vår oppfatning er konklusjonen riktig, men det ville trolig ha vært mer logisk stringent å komme til at konkurransevilkåret (vilkår nr. 5) ikke er oppfylt i slike tilfeller. Synspunktet er i tilfelle at aktiviteten etter sin art er økonomisk aktivitet, men at støtte til slike egenregiaktiviteter ikke er egnet til å vri konkurransen i markedet.

⁸⁷ Se en lignende vurdering av apotek tjenester i premiss 59 i ESAs vedtak 460/13/COL av 20. november 2013 om forslag til formålstjenlige tiltak når det gjelder statsstøtte til offentlig eide sykehusapoteker i Norge.

⁸⁸ Det er for øvrig noe uklart om man rent anskaffelsesrettslig ville ha kommet til at det var tale om egenregitjenester i dette tilfellet.

Hva gjelder ESAs henvisninger til at mange av tjenestene som ble utført for Kirkens egne eiendommer er lovpålagte oppgaver, er det noe uklart hvilken betydning ESA mener dette har hva gjelder vurderingen av «økonomisk aktivitet». En mulig tolkning kan være at ESA var av den oppfatning at oppgaver som Kirken er lovpålagt å utføre, ikke vil kunne settes ut til private og dermed er det ikke tjenester som tilbys i et marked. Etter vår oppfatning kan man ikke generelt legge til grunn at noe ikke er en økonomisk aktivitet fordi aktiviteten er lovpålagt. Som vi har nevnt tidligere, er det ikke nødvendigvis samsvar mellom hva som kan utføres av private og hva som er økonomisk aktivitet. For det andre er det ofte mulig for det offentlige å løse lovpålagte oppgaver ved å sette oppgaven ut til private – eksempelvis avfallshåndtering. Et annet eksempel er at fylkeskommunen er lovpålagt å sørge for at borgerne får tilgang til kollektivtransporttjenester. Utøvelsen av slike tjenester er like fullt økonomisk aktivitet.

Når en kommunal virksomhet driver både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, vil hovedansvarlig fra et støtteperspektiv være om det skjer en ulovlig krysssubsidiering mellom de to ulike delene av virksomheten. Dette vil vi behandle nærmere under punkt 6.3.5. I BKF-saken kom ESA til at dette ikke var tilfelle og at det ikke forelå ulovlig støtte, ettersom tilstrekkelige regnskapsmessige foranstaltninger var foretatt for å påse at den «interne» virksomheten ikke ble benyttet til å støtte den konkurranseutsatte virksomheten. Sistnevnte tok normal fortjeneste for sine tjenester og opererte således etter alminnelige og sunne markedsprinsipper.

5.5.5.3 Avfallssektoren – blandet virksomhet

En annen interessant sak er ESAs sak om finansiering av kommunale avfalls-selskaper.⁸⁹ I Norge er renovasjonstjenester regulert i Forurensningsloven. Ifølge loven er norske kommuner forpliktet til å sørge for innsamling av husholdningsavfall i sine respektive områder. Private selskaper kan ikke samle inn husholdningsavfall uten kommunenes tillatelse. Kommunene har derfor et lovmessig monopol hva gjelder innsamling av slikt avfall. Kommunene kan imidlertid velge om de vil sette denne tjenesten ut på anbud eller om de vil gjøre jobben selv. Det er også slik at mange kommunale avfallsselskaper håndterer næringsavfall eller husholdningsavfall fra andre kommuner – med andre ord avfall kommunene ikke selv er lovpålagt til å håndtere.

ESA konkluderte med at enheter som driver avfallshåndtering for næringslivskunder, eller som deltar i konkurranse om håndtering av husholdningsavfall, er foretak hva gjelder utøvelsen av disse aktivitetene.⁹⁰

Hva gjelder avfallsselskaper som utelukkende forestår husholdningsavfallshåndtering i egen regi innenfor kommunens monopolområde, kom imidlertid ESA til at slike tjenester ikke utgjorde økonomisk aktivitet. ESA var av den oppfatning at det i slike in-house-tilfeller verken forelå konkurranse om markedet eller i markedet:

(31) On the other hand, when providing household waste services within their own municipal monopoly, the municipal waste collectors cannot be held to offer services on a market in competition with others. Norwegian

⁸⁹ Avgjørelse 91/13/COL av 27. februar 2013.

⁹⁰ Se premiss 28-30 i avgjørelsen.

municipalities can on the basis of the Pollution Control Act directly award contracts for household waste collection to its own operators. Thus, the national law does not require the contracts to be concluded on the basis of a competitive procedure. The Authority has, in a separate case, concluded that this practice is not contrary to the functioning of the EEA Agreement. Where the municipality has elected to directly award the contract to its own in-house operator, no other provider is allowed to provide household waste services within that municipality. In these cases, there is neither competition for the market (the contract is legally directly awarded) nor competition in the market (the municipality's operator has the exclusive right). It therefore cannot be considered as an economic activity. The municipal waste collectors do therefore not act as undertakings when they [carry] out activities related to household waste within their own municipalities.

(32) Against that background, it is the conclusion of the Authority that the municipal waste collectors, in so far as they offer services on the market, must be characterized as undertakings for the purpose of the state aid rules.

Hvis en følger ESAs logikk, oppstår det isolert sett ikke statsstøtteproblemer i tilfeller hvor kommunene følger anskaffelsesreglene om egenregi og tildeler avfallshåndteringsoppgaver direkte til sin egen avfallshåndteringsenhet.

Avfallssaken er derfor et godt eksempel på hvordan ESA har lagt vekt på betydningen av om noe er satt ut på anbud eller ikke for vurderingen av om det foreligger et marked det utøves økonomisk aktivitet i. Begrunnelsen synes imidlertid å stå i kontrast til EU-kommisjonens uttalelser om at det er irrelevant om tjenesten leveres i egenregi (in-house) eller ikke. Det er mulig at ESA kunne ha kommet til samme resultat med en annen begrunnelse. ESAs begrunnelse synes like fullt å være i strid med EU-kommisjonens syn på klassifiseringen av in-house-tjenester.

I saker hvor det både utøves ikke-økonomisk og økonomisk virksomhet, må man sørge for et tilfredsstillende skille mellom virksomhetene. Hvis kommunens avfallshåndteringsselskap både leverer tjenester i egenregi (ikke-økonomisk aktivitet) og driver avfallshåndtering for næringslivskunder eller deltar i konkurranse om håndtering av husholdningsavfall for andre kommuner, må man sørge for mekanismer som hindrer krysssubsidiering fra den skjermede til den konkurranseutsatte delen av selskapet.

5.5.5.4 Konsulenttenester, juridiske tjenester, revisjons- og regnskapsfører tjenester og lignende

Synspunktene fra BKF-avgjørelsen, avfallshåndteringssaken og lignende beslutninger vil kunne være relevante også i andre tilfeller. På bakgrunn av disse avgjørelsene kan man trolig slutte at ESA vil legge til grunn at produksjon av varer og tjenester til internt bruk i en kommune eller en fylkeskommune ikke vil bli ansett som økonomisk aktivitet. Igjen gjør vi oppmerksom på at ESAs praksis til en viss grad går i en annen retning enn hva EU-kommisjonen har lagt til grunn i sine uttalelser.

Hvis den samme enheten begynner å tilby de samme varene og tjenestene i markedet, herunder i konkurranse med andre, kan det legges til grunn at ESA vil anse dette for å være økonomisk aktivitet.

Her kan advokattjenester være et eksempel. En kommune som har en kommuneadvokat kan betale vedkommendes lønn og gi advokatene tilgang til fellestjenester uten at det støter an mot statsstøttereglene slik disse er tolket av ESA. Hvis kommuneadvokaten ser at man har ytterligere kapasitet, slik at man begynner å inngi tilbud på advokattjenester overfor eksterne kunder, så vil dette lett føre til at kommuneadvokaten er å anse som et foretak som utøver økonomisk aktivitet etter støttereglene, og at man må forholde seg til disse når man regulerer det økonomiske forholdet mellom kommunen og advokatembetet.

Et annet eksempel kan være regnskapsfører- og revisjonstjenester. Med mindre slike ressurser medgår til rene oppgaver i kommunen, vil det å tilby slike tjenester i et marked være å anse som utøvelse av økonomisk virksomhet.

5.5.6 Brannvesen – alarmtjenester og utrykning

5.5.6.1 Ivaretagelse av forvaltnings-/kjerneforpliktelsene etter brann- og eksplosjonsloven

Det følger av brann- og eksplosjonsloven at kommunene skal sørge for etablering og drift av et brannvesen som kan ivareta forebyggende og beredskapsmessige oppgaver etter loven på en effektiv og sikker måte. Brannvesenet skal utføre følgende oppgaver:

- Gjennomføre informasjons- og motivasjonstiltak i kommunen om fare for brann, farer ved brann, brannverntiltak og opptreden i tilfelle av brann og andre akutte ulykker
- Gjennomføre brannforebyggende tilsyn
- Gjennomføre ulykkesforebyggende oppgaver i forbindelse med håndtering av farlig stoff og ved transport av farlig gods på veg og jernbane
- Utføre nærmere bestemte forebyggende og beredskapsmessige oppgaver i krigs- og krisesituasjoner
- Være innsatsstyrke ved brann
- Være innsatsstyrke ved andre akutte ulykker der det er bestemt med grunnlag i kommunens risiko- og sårbarhetsanalyse
- Etter anmodning yte innsats ved brann og ulykker i sjøområder innenfor eller utenfor den norske territorialgrensen
- Sørge for feiing og tilsyn med fyringsanlegg.

Utførelse av slike kjerneoppgaver vil, etter vår oppfatning, for alle praktiske formål ikke være utførelse av økonomisk virksomhet da det er tale om forvaltningsvirksomhet/myndighetsutøvelse i et ikke-kommersielt marked. Et forbehold må likevel tas for det tilfellet at en eller flere av oppgavene konkurransesettes (eksempelvis feievirksomheten) med den følgen at det oppstår et marked hvor brannvesener og andre inngir tilbud på utførelse av den aktuelle tjenesten.

5.5.6.2 Salg av alarmer/alarmtilknytning

Det følger av brann- og eksplosjonsloven § 11 annet ledd at kommunen kan legge andre oppgaver til brannvesenet så langt dette ikke svekker brannvesenets gjennomføring av oppgavene i første ledd.

Fra tid til annen har man sett at brannvesenet selger tyveri- og brannalarmer (og muligens også andre tjenester) i konkurranse med alarm- og vekterselskaper – eksempelvis Sector Alarm og Securitas. Etter vår oppfatning vil dette være utøvelse av økonomisk virksomhet med den følgen at denne delen av brannvesenet er et foretak. Dette reiser igjen statsstøtterettslige problemstillinger, herunder spørsmål om krysssubsidiert fra brannvesenets skjermede virksomhet til den konkurranseutsatte delen av virksomheten.

5.5.6.3 Salg av utrykningstjenester som underleverandør

Vi er kjent med at enkelte brannvesener har vurdert å ta betalt for utrykningstjenester fra alarmselskaper. Man kan tenke seg at et brannvesen inngår underleverandøravtaler om brannutrykning med alarmselskapene/vekterselskapene (eksempelvis Sector Alarm og Securitas). Det vil være alarmselskapene som selger alarmtjenester med tilknyttet brannutrykning til husholdningene. Brannvesenet vil få betalt fra alarmselskapene, mens alarmselskapene vil motta betaling fra husholdningskundene.

Det er ikke helt enkelt å besvare spørsmålet om hvorvidt brannvesenet i denne sammenhengen skal anses for å utøve økonomisk virksomhet eller ikke. Det faktum at et selskap får betalt for tjenester innebærer ikke nødvendigvis at det er tale om utøvelse av økonomisk aktivitet i statsstøtterettslig forstand.

På den ene siden ligner denne typen aktivitet, altså brannutrykning, på mer normal myndighetsutøvelse som ikke tilbys i markedet, med den følgen at det med tyngde bør kunne hevdes at det ikke er tale om økonomisk virksomhet i EØS-rettslig forstand. Det som likevel skaper usikkerhet er at alarmselskapene fullt ut skal betale for de aktuelle tjenestene. Til tross for denne betalingsforutsetningen, mener vi at det bør være relativt gode muligheter for å kunne nå frem med at foretaksbegrepet ikke er oppfylt. Rettstilstanden er imidlertid ikke avklart, og konklusjonen vil i noen grad kunne avhenge av om andre aktører kan tenkes å tilby tilsvarende brannutrykningstjenester i det aktuelle geografiske området. Vi nevner også at det muligens er mer nærliggende å påberope manglende oppfyllelse av konkurransevridnings- og samhandelsvilkåret som grunnlag for at EØS artikkel 61(1) ikke er oppfylt i et slikt tilfelle. Dette fordi vi antar at brannvesenet har monopol på å tilby utrykning i «sine» geografiske områder.

5.5.7 Idrettsklubber/foreninger

Vi er noe usikre på hvor vanlig det er at kommuner oppretter og driver idrettslag eller har eierandeler i slike. I praksis har det oppstått en rekke statsstøttesaker som følge av at offentlige organer har gitt støtte til egne eller andres idrettsforeninger. Slik støtte har for eksempel vært gitt i form av pengegaver, garantier, lån eller billige tomter. Siden kommunene relativt ofte synes å tildele offentlige midler til slike formål, finner vi det naturlig å knytte noen kommentarer til når slike aktiviteter er å anse som foretak og når det ikke er det. I denne sammenhengen nevner vi at det er relativt mange kommuner og fylkeskommuner som har eliteidrettsklubber lokalisert i sin region.

Støtte til fremme av idrett foranlediger til tider vanskelige grensedragninger når man skal vurdere om støttemottageren er et foretak som omfattes av støttereglene eller om det er en enhet som faller utenfor reglene og derfor kan motta støtte uavhengig av disse reglene.

Enkelt forklart kan det trekkes et prinsipielt skille mellom eliteidrett og breddeidrett. Støtte til en organisasjon som driver eliteidrett vil ofte anses gitt til et foretak. Som et eksempel, vil støtte til en fotballklubb i de to øverste divisjonene i utgangspunktet rammes av statsstøtteforbudet. Motsatt vil støtte til et idrettslag som kun driver breddeidrett vanskelig rammes av støtteforbudet.

Når det er sagt kan man ikke nødvendigvis legge til grunn at støtte gitt til eliteidrett alltid vil være omfattet av regelverket. Man kan godt tenke seg eksempler hvor det bedrives idrett med fremragende prestasjoner uten at det samtidig vil være tale om utøvelse av økonomisk virksomhet. Dette vil typisk kunne være tilfellet for mindre idretter med begrenset publikumsinteresse, lave inntekter og lite sponsormarked. Her kommer man ikke unna at man må foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Skillet mellom anvendelsen av støttereglene på breddeidrett og toppidrett er godt illustrert i ESAs avgjørelse fra 2009 i en sak om vederlagsfri overførsel av eiendommer til Bryne fotballklubb i Time kommune.⁹¹ Eiendommene ble overført i forbindelse med bygging av en ny stadion. ESA tok utgangspunkt i hvordan EU-kommisjonen har håndtert støtte til toppidrett og kom til at fotball i de øverste divisjonene må anses som økonomisk aktivitet, blant annet fordi noen av aktivitetene, som for eksempel kjøp og salg av spillere, salg knyttet til fotballkamper og salg av reklameplass, måtte anses som markedstjenester.⁹²

På denne bakgrunn må man i hvert fall kunne legge til grunn at støtte til eliteavdelingen til en fotballklubb som spiller i de to høyeste divisjonene er å anse som foretak.

Breddeidrett vil imidlertid normalt ikke anses som økonomisk virksomhet. Brynesaken kan også her være illustrerende. På tidspunktet for overføringen av eiendommene var den profesjonelle fotballen/elitefotballen i Bryne i all hovedsak organisert i Bryne ASA, mens breddeidretten var organisert i Bryne fotballklubb. Det var Bryne fotballklubb som hadde mottatt eiendommene. ESA viste først til at breddeidretten i hovedsak ikke var profittorientert:

According to the case law of the European Court of Justice, the practice of sports is subject to EEA law only in so far as it constitutes an economic activity in the meaning of the EEA Agreement. This would apply to activities of professional or semi-professional football players offered in the market. As mentioned above, these activities were concentrated within the company Bryne ASA. On the other hand, the activities offered by Bryne FK to 600 young football players in the club are mainly run on a non-profit basis and to a great extent on the basis of voluntary work by parents and others.

⁹¹ ESAs vedtak 343/09/COL av 23. juli 2009.

⁹² På side 18 av beslutningen.

ESA viste videre til at EU-kommisjonen tidligere har kommet til at idrettsaktiviteter for barn og unge ikke skal anses som økonomisk aktivitet slik dette begrepet benyttes i statsstøtteretten:

Next, it should be noted that, in the practice of the European Commission, it has been established that the provision of such sports activities for the benefit of children and young people, does not constitute economic activities for the purpose of the state aid rules. In a case concerning public support to sports activities organised by professional sports clubs for young people in France, the Commission found that the support to the civic, academic and sports related education of young people could be considered as a general tasks incumbent on the State in the field of education. To the extent that this education took over from what was formerly known as “sports studies”, while preserving the general characteristics and organisation, the support in question would benefit activities in the field of education and, thus, outside the field of competition. Moreover, some of the supported activities were aimed at reducing violence amongst supporters and on neighbourhood activities. The Commission found that such activities could be defined as contributing the civic education in the broad sense. Thus, it concluded that the measures in question were comparable to educational activities which would be the responsibility of the national education system, one of the general tasks of the State.

ESA viste videre til at det i stor grad er et offentlig ansvar å tilby og å organisere idrettsaktiviteter i lokalmiljøene, og at dette ansvaret ofte tas av idrettslag i samarbeid med det offentlige. I lys av dette kom ESA til at slike aktiviteter ikke skal anses som økonomisk aktivitet, og at støtten dermed ikke var gitt til et foretak.

Støtte til breddeidrett i form av fotball, friidrett, svømming, orientering, skiskyting, sykkel, turn og lignende vil derfor normalt ikke rammes av statsstøtteforbudet.

5.5.8 Havnevirkksomhet

Havnevirkksomhet er en sentral aktivitet i mange kommuner, og denne typen virksomhet er gjerne organisert som kommunale foretak eller interkommunale selskaper, og i noen tilfeller som samarbeid etter kommunelovens § 27. Her nevnes for eksempel Oslo havn KF, Kristiansund og Nordmøre havn IKS, Stavangerregionen havn IKS og Tromsø havn KF.

EU-kommisjonen har behandlet en rekke saker om støtte til havnevirkksomhet. De fleste av tiltakene gjelder støtte til infrastrukturtiltak i den aktuelle havnen. Havnevirkksomhet vil normalt anses for å være utøvelse av økonomisk aktivitet i statsstøtterettslig forstand. Det nevnes også at havnestøtte normalt vil true med å vri konkurransen og være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området. Havnestøtte vil derfor som utgangspunkt bli rammet av statsstøtteforbudet. I denne sammenhengen kan EU-kommisjonens avgjørelse i saken om støtte til Augusta havn på Sicilia være illustrerende (SA. 34940 (2012/N) av 19. desember 2012). Om foretaksbegrepet skriver Kommisjonen:

(42) However, according to established Court jurisprudence, whenever an entity is engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed, it can be considered as an undertaking for the

purposes of EU competition law. The Commission established in a series of decisions that the construction and exploitation of some types of infrastructure can be considered as being of an economic nature. In the wake of the Leipzig-Halle judgment, it is the future use of the infrastructure, i.e. whether the infrastructure shall be commercially exploited or not, which determines whether the funding of the construction of such infrastructure falls within the scope of EU state aid rules or not.

(43) The notified project concerns the construction of infrastructures at the Port of Augusta, which shall be commercially-exploited by the PAA through their rental/concession to terminal operators. In this context, the PAA will engage in an economic activity, and it is therefore considered to be an undertaking for the purposes of the present decision.

[]

(55) [...] While the share of the Port of Augusta in the overall container and dry bulk traffic in the Mediterranean may be relatively small (estimated to be of 2% by the year 2025), the newly-created transport capacity shall nevertheless affect both competition and intra-Union trade, as different ports in several Member States (such as the ports of Marseille, Valencia and Algeciras, to name just a few examples) are at least potentially in competition with the port of Augusta to attract traffic.

Lignende vurderinger er foretatt i en rekke andre havnesaker, se blant annet EU-kommisjonens avgjørelse i sak C 21/09 av 18. desember 2009 vedrørende offentlig finansiering av infrastruktur og utstyr i Pireus havn i Hellas.

Begrunnelsen for at Kommisjonen kom til at Pireus havn driver økonomisk virksomhet er, så vidt oss bekjent, også treffende hva gjelder norske havner. Her nevnes især at disse normalt yter tjenester mot betaling, herunder havneavgifter.⁹³

5.5.9 Kjøp, salg og utleie av eiendom

I Norge er det offentlige en sentral eiendomsbesitter. Selv om det i utgangspunktet ikke er tvilsomt at det offentlige må anses som et foretak når det opererer på eiendomsmarkedet, finner vi det derfor naturlig å kort berøre forholdet til eiendomsmarkedet.

Hvis det offentlige som eiendomsbesitter begir seg inn på eiendomsmarkedet ved for eksempel å tilby utleie av fast eiendom, vil dette være en økonomisk aktivitet. Det samme vil gjelde i tilfeller hvor en offentlig enhet eller selskap aktivt driver med kjøp og salg av eiendom. Entra Eiendom AS (Entra) er et offentlig eid selskap som utvikler, drifter, selger og kjøper næringsseiendom. I en sak vedrørende støtte til Entra kom ESA, etter en relativt omfattende markedsanalyse, til at støtte til Entra er egnet til å vri konkurransen og påvirke samhandelen innen EØS-området.⁹⁴ ESA foretok ikke noen ordentlig vurdering av om Entra var et foretak – trolig fordi konklusjonen var opplagt.

⁹³ Se også Kommisjonens sak N44/2010 (Latvia – Krievu Sala) og C 39/2009 (Latvia – Ventpils Port).

⁹⁴ Sak 318/05/COL av 14. desember 2005.

5.5.10 Kulturanlegg og kulturaktiviteter

Det offentlige bidrar i stor grad til bygging av kulturanlegg og drift av kulturaktiviteter. Vårt inntrykk er at det har vært vanlig å gå ut fra at denne typen virksomhet ikke har vært omfattet av statsstøtteregelverket. Dette er problematisk da både byggingen av slike anlegg og de kulturaktivitetene som bedrives i anleggene, ofte vil være å anse som økonomiske aktiviteter.

En avgjørelse som er illustrerende, er ESAs avgjørelse om å åpne formell undersøkelse av støtte til kultur- og konferansesenteret *Harpa* i Reykjavik, Island. Utgangspunktet for vurderingen av om tiltaket falt innenfor støtteregelverket, var den tradisjonelle formuleringen av foretaksbegrepet.⁹⁵

Deretter viste ESA til at både byggingen og driften av infrastruktur vil anses som økonomiske aktiviteter hvis denne infrastrukturen er (eller vil bli) benyttet ved leveringen av en vare eller tjeneste i markedet.

(39) The Authority is of the opinion that both the construction and operation of an infrastructure constitute an economic activity in itself (and are thus subject to state aid rules) if that infrastructure is, or will be used, to provide goods or services on the market.

På denne bakgrunn var det avgjørende spørsmålet om kultur- og konferansesenteret ville bli benyttet til å levere tjenester i et marked. ESA kom til at både konferansevirksomheten, teaterforestillingerne og konserter ville kunne utgjøre økonomisk aktivitet, og støttet seg blant annet på EU-domstolens avgjørelse i Leipzig/Halle-salen:

(41) Some of the activities taking place in Harpa, notably conferences, theatre performances, popular music concerts etc., can attract significant numbers of customers while they are in competition with private conference centres, theatres or other music venues. Therefore, the Authority takes the view that the Harpa Concert Hall and Conference Centre and the companies involved in its operation, in so far as they engage in commercial activities, qualify as an undertaking. The companies involved in the operation of Harpa must be regarded as vehicles for pursuing the common interest of its owners, that is to support cultural activities in Iceland.⁹⁶ (vår understreking)⁹⁷

Det fremgår altså av avgjørelsen at både konferanser, teateroppsetninger, konserter og lignende kan anses som tjenester som leveres i et marked, i hvert fall i den utstrekning slike evenementer tiltrekker seg et betalende publikum av en viss størrelse. Både disse aktivitetene og bygging av kulturbygg hvor slike tjenester leveres må dermed anses som økonomiske aktiviteter. Enhetene som leverer tjenestene blir i slike tilfeller å anse som foretak. Vi gjør oppmerksom på at det for enkelte lokale tiltak av mindre karakter kan være uklart om foretaksbegrepet er oppfylt, samt at det i slike tilfeller også kan

⁹⁵ Se premiss 38 i avgjørelsen.

⁹⁶ ESAs avgjørelse 128/13/COL av 20. mars 2013 om å åpne formell undersøkelse av støtte til Harpa Concert Hall i Reykjavik, Island.

⁹⁷ Støtten til aktivitetene som finner sted i Harpa konserthus og konferansesenter ble godkjent av ESA 11. desember 2013: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/state-aid/nr/2119>

reises spørsmål ved om støtten er egnet til å påvirke konkurransen og/eller samhandelen innen EØS-området.

For mange kommuner vil nok en konklusjon om at slike tjenester normalt er av økonomisk karakter kunne være overraskende, og ved første øyekast virke dramatisk. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at det på dette området er stor adgang til å støtte slike prosjekter ved hjelp av unntaksreglene fra statsstøtteforbudet. EU-kommisjonen har også foreslått omfattende unntakshjemler for støtte til kultur og kulturbygg i det kommende gruppeunntaket, som vil tre i kraft sommeren 2014.

5.5.11 Parkeringsvirksomhet

Konkurransforholdene mellom private og offentlige parkeringsvirksomheter har vært gjenstand for debatt i en årrekke. I 2005 ble det nedsatt en arbeidsgruppe ledet av Samferdselsdepartementet for å foreta en helhetlig gjennomgang av offentlig og privat avgiftsparkering, med formål å legge grunnlag for etablering av ett felles regelsett for all avgiftsparkering. Gruppen leverte sin rapport i april 2006.⁹⁸ Her ble blant annet forholdet til statsstøttereglene og foretaksbegrepet behandlet. Arbeidsgruppen viste til en utredning om spørsmålet som Norpark hadde bestilt hos advokatfirmaet Haavind, og som fulgte som vedlegg til arbeidsgruppens rapport.

Utredningen konkluderer med at skattefritak til kommunale selskaper som både driver offentlig parkeringshåndhevelse og privatrettslig parkeringshåndhevelse i konkurranse med andre private aktører, må anses som statsstøtte uforenlig med EØS-avtalens artikkel 61. Dette forutsetter imidlertid at skattefritaket ikke kan anses å utgjøre de minimis støtte under terskelverdien på 10 000,- euro. Skattefritak til kommunale selskaper som bare driver offentligrettslig avgiftsparkering er derimot ikke i strid med bestemmelsen.

Utredningen konkluderer for begge tilfellene at skattefritaket "vrir, eller truer med å vri konkurransen".

Avgjørende for skillet mellom de to tilfellene er forståelsen av begrepet "foretak". For å falle inn under artikkel 61 må støtten ytes til et "foretak". Det stilles ikke her som krav at en økonomisk virksomhet skal ha profit som formål. Avgjørende er om foretaket deltar i en aktivitet som utøves i et marked i konkurranse med andre aktører. Det har ikke betydning om foretaket er offentlig eller privat eiet. De virksomheter som driver offentlig myndighetsutøvelse vil imidlertid ikke omfattes av foretaksdefinisjonen.

Basert på EF-domstolens forhåndsuttalelse i Porto-saken (C-446/98) om avgiftsinnkreving ved gateparkering og EF-rettens dom i Eurocontrol-saken (C-364/92) samt en vurdering av at de kommunale aktørene er offentlige organer som driver virksomhet regulert i parkeringsforskriften, legges det i utredningen til grunn at kommunale aktører, for så vidt gjelder offentlig parkeringshåndhevelse, driver offentlig myndighetsutøvelse innenfor et offentligrettslig regelverk. De er dermed ikke å anse som et "foretak" etter EØS avtalen artikkel 61 slik at støtte til slike selskaper som bare driver offentlig håndhevelse ikke kan anses å utgjøre ulovlig statsstøtte.

⁹⁸ Ny felles parkeringsregulering? En gjennomgang av offentlig og privat avgiftsparkering. Rapport fra arbeidsgruppe april 2006.

Utredningen synes å ha vært lagt til grunn i de fleste vurderinger som har blitt foretatt i årene etter at rapporten ble lagt frem. Vi viser blant annet til utredninger foretatt av Kommunenes Sentralforbund i 2010, hvor skillet mellom privatrettslig og offentlig-rettslig parkeringshåndhevelse anses som avgjørende for om enheten er et foretak eller ei.

Begrepet håndhevelse synes her å være brukt om både avgiftsparkering etter §§ 2- 4 i forskrift om offentlig parkeringsregulering og parkeringsgebyr, tilleggsavgift etter § 13 og gebyr etter § 14. Vi kan imidlertid ikke se at de avgjørelsene konklusjonene bygger på kan danne grunnlag for en så omfattende tolkning.

Portoavgjørelsen gjelder den avgiftsrettslige klassifiseringen under momsdirektivene i EU. Her ble gebyrinnkreving ved gateparkering ansett som avgiftsfritt. Begrunnelsen var at «betalingen» bar preg av å være et offentligrettslig gebyr, og ikke en betaling for en tjeneste. Momsdirektivene er imidlertid ikke en del av EØS-avtalen. Videre er ikke momsdirektivene harmonisert med EUs statsstøtteregler, slik at rettskildeverdien er begrenset. Det finnes eksempler på avgiftsfritak under momsreglene som ville ha vært statsstøtte hvis en av EUs medlemsstater hadde innført lignende fritak. Det er for øvrig verdt å merke seg at offentligrettslig parkering ikke er avgiftsfrittatt i Norge.

Den andre avgjørelsen som legges til grunn er Eurocontrol-avgjørelsen. Eurocontrol-saken har enkelte likehetstrekk med hvordan offentlig parkering praktiseres i Norge, men det er også en rekke ulikheter. Eurocontrol inneholder en grundig gjennomgang av de elementene som vurderingen av foretaksbegrepet bygger på.⁹⁹

Etter gjennomgangen av de ulike elementene kommer så EU-domstolen til at den konkrete aktiviteten må anses som ikke-økonomisk:

30 Taken as a whole, Eurocontrol' s activities, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, are connected with the exercise of powers relating to the control and supervision of air space which are typically those of a public authority. They are not of an economic nature justifying the application of the Treaty rules of competition.

31 Accordingly, an international organization such as Eurocontrol does not constitute an undertaking subject to the provisions of Articles 86 and 90 of the Treaty.

Domstolen kom til at virksomheten var veldig tett tilknyttet det offentligrettslige regelverket for europeisk flyvekontroll som Eurocontrol var satt til å forvalte. Dermed utgjorde ikke avgiftsinnkrevingen Eurocontrol foretok på vegne av medlemsstatene en økonomisk aktivitet.

De fleste momentene som talte for at Eurocontrol ikke utøvde økonomisk karakter er imidlertid ikke tilstede hva gjelder kommunal avgiftsparkering i Norge. Hvis en anvender EU-domstolens analyse på parkeringstjenester, vil en etter vår vurdering komme til at tjenestene er økonomiske. Tilsvarende synspunkter kan derfor etter vår mening ikke legges til grunn for den delen av offentlig parkeringsvirksomhet som gjelder innkreving av ordinær parkeringsavgift (samt tilleggsavgiften etter §13).

⁹⁹ Se premiss 18-32.

Det er heller ikke slik at betaling som er fastlagt i lovs form som avgift, skatt eller lignende alltid fører til at tjenesten skal anses som ikke-økonomiske. Illustrerende i så henseende er EU-kommisjonens praksis knyttet til flyplassavgifter og skatter for flyplasser. Her anser EU-kommisjonen det som klart at flyplass tjenester er å anse som økonomisk aktivitet selv om betalingen skjer i form av skatter eller avgifter. Vi viser blant annet til følgende beskrivelse i EU-kommisjonens utkast til nye flyplassretningslinjer:

28. The entity or group of entities performing the economic activity of providing airport services to airlines, i.e. to ensure the handling of aircrafts, from landing to take-off, and of passengers and freight, so as to enable airlines to provide air transport services, will be referred to as the "airport manager". An airport manager provides a range of services ("airport services") to airlines, in exchange for payment ("airport charges"). While the exact extent of the services provided by airport managers, as well as the labelling of charges as "fees" or "taxes" varies across the EU, the provision of airport services to airlines in exchange for airport charges constitutes an economic activity.

Alminnelige flyplass tjenester vil dermed anses som økonomiske aktiviteter. Motsatt følger det av retningslinjene at andre aktiviteter på en flyplass av mer offentligrettslig karakter ikke vil utgjøre økonomisk aktivitet:

32. The Court has held that activities that normally fall under State responsibility in the exercise of its official powers as a public authority are not of an economic nature and do not fall within the scope of the rules on State aid. At an airport, activities such as air traffic control, police, customs and activities necessary to safeguard civil aviation against acts of unlawful interference are considered to be of a non-economic nature.

Slik vi ser det, viser avsnittene ovenfor at hvorvidt offentligrettslig avgiftsparkering skal anses som en økonomisk aktivitet eller ikke vil bero på hvilken del av virksomheten man vurderer.

En rekke offentligrettslige reguleringer innenfor parkeringssektoren vil trolig anses som ikke-økonomiske, men levering av parkeringstjenester mot betaling (samt tilleggsbetaling etter § 13) vil normalt være en økonomisk aktivitet.

For å fortsette parallellen til EU-kommisjonens forståelse av flyplasssektoren: Trafikk kontroll, utøvelse av politimyndighet, borttauing av biler som står trafikkfarlig parkert og ileggelse av gebyr etter § 14 (som er myndighet som normalt håndheves av politiet, jf. § 17, men hvor myndigheten etter § 18 kan tildeles kommunen), vil nok ofte være av ikke-økonomisk karakter. Levering av parkeringstjenester mot betaling, det vil si ordinær parkeringsavgift, vil imidlertid normalt være en økonomisk aktivitet, selv om tjenesten skulle være delvis offentligrettslig regulert. Dette må særlig gjelde annen parkering enn gateparkering, for eksempel i et kommunalt eid parkeringshus, hvor aktiviteten som utøves må sammenlignes med ordinær utleie av grunn til parkering.

Det er forøvrig interessant at EU-kommisjonen viser til at parkering av fly på flyplasser er en av tjenestene som anses som utøvelse av økonomisk aktivitet, og som det ofte betales for gjennom avgifter eller skatter.

I utkast til nye flystøtteretningslinjer viser EU-kommisjonen til at det i driften av en flyplass leveres en rekke tjenester mot vederlag («airport charges») og som dermed utgjør økonomisk aktivitet:

The entity or group of entities performing the economic activity of providing airport services to airlines, i.e. to ensure the handling of aircrafts, from landing to take-off, and of passengers and freight, so as to enable airlines to provide air transport services, will be referred to as the "airport manager". An airport manager provides a range of services ("airport services") to airlines, in exchange for payment ("airport charges"). While the exact extent of the services provided by airport managers, as well as the labelling of charges as "fees" or "taxes" varies across the EU, the provision of airport services to airlines in exchange for airport charges constitutes an economic activity.¹⁰⁰

Hva som anses som anses som markedstjenester som leveres mot betaling følger nærmere av definisjonen av «airport charge»:

'Airport charge' mean a price or a levy collected for the benefit of the airport manager and paid by the airport users for the use of facilities and services which are exclusively provided by the airport manager and which are related to landing, take-off, lighting and parking of aircraft, and processing of passengers and freight. Airport charge for the purposes of these guidelines may include also charges or fees paid for ground handling services and fees for centralised ground handling infrastructure.¹⁰¹

Det synes noe anstrengt å argumentere for at parkering av en bil mot betaling (for eksempel i en by med stort valg at tilbydere) ikke skal anses som en økonomisk aktivitet, når parkering av et fly på en flyplass (hvor det bare vil være én tilbyder) anses som økonomisk. Dette især når betalingen kreves inn som en avgift eller skatt.

Kommunal parkeringsvirksomhet vil derfor etter vår mening i utgangspunktet være økonomisk aktivitet – da med unntak av blant annet håndhevningsmyndigheten som følger av § 14).

5.5.12 Svømmehaller og badeland

Som vist ovenfor, er ett av kjennetegnene på et foretak at enheten leverer varer eller tjenester i et marked. Svømmehaller og badeland tilbyr normalt adgang til sine anlegg mot betaling. Dette vil i utgangspunktet derfor anses som en tjeneste som leveres i et marked. Man kunne imidlertid tenke seg at lignende betraktninger som ved tilbud av utdanningstjenester kunne gjøre seg gjeldende også her, men vi finner ikke spor av slike betraktninger i praksis. Drift av bassenger som kun benyttes i undervisningsøyemed, og som ikke er åpen for allmennheten mot betaling vil likevel trolig ikke anses å være økonomisk aktivitet.

Selv om driften av mange svømmehaller nok vil anses å innebære utøvelse av økonomisk aktivitet, er det ikke sikkert at de de øvrige vilkårene i artikkel 61(1) EØS vil være oppfylt ved investeringer i og drift av mindre anlegg. I en sak om Bømløbadet, kom ESA til at støtte til dette badeanlegget ikke utgjorde statsstøtte. Begrunnelsen var

¹⁰⁰ EU-kommisjonens utkast til nye flystøtteretningslinjer, premiss 28. Utkastet finnes her: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_aviation_guidelines/aviation_guidelines_en.pdf

¹⁰¹ Retningslinjenes vedlegg 1 som inneholder definisjoner.

at samhandelen i dette tilfellet ikke ble påvirket av støtten, og altså ikke at tilbyderen av badetjenester ikke var et foretak. Ved vurderingen av foretaksvilkåret la ESA til grunn at Bømlabadet er et foretak («undertaking») uten at dette problematiseres nærmere:

(27) Moreover, the aid measure must be selective in that it favours “certain undertakings or the production of certain goods”.

(28) The Authority considers that the payment of NOK 12.3 million for the construction of Bømlabadet will be selective as there is only one beneficiary, namely Bømlabadet Bygg.¹⁰²

Bømlabadet var på tidspunktet for ESAs vurdering eid av Finnås Sportsklubb, Bømlø Svømmeklubb, Bømlø Sportsdykkere, Bømlø Revmatikerlag og Bømlabadets Venner. Det synes som om Havlandet Invest skulle inn på eiersiden på et senere tidspunkt. Selv om det i vedtektene het at selskapet ikke skulle ha noe profittmotiv, og at eierne i stor grad må kunne karakteriseres som ikke-kommersielle aktører, la altså ESA til grunn at Bømlabadet Bygg ville være et foretak.

5.5.13 Kinovirksomhet

Det fremstår som klart at kommunale tilbydere av kinotjenester skal anses som foretak, slik begrepet forstås i statsstøtteretten. En rekke kommuner har drevet med kinodrift som en del av kulturtilbudet i sin kommune. Historisk var ofte kinodrift organisert som en del av kommunen som sådan, og etter hvert har flere blitt organisert som kommunale foretak. I den senere tid har også flere kommunalt eide kinoer blir organisert som aksjeselskaper.

Kommunal kinodrift har vært gjenstand for ESAs vurderinger på et beslektet område, nemlig de alminnelige konkurransereglene.

I en sak vedrørende filmleieavtalene mellom *Norske Filmbyråers Forening* (the association of film distributors) og *Film & Kino* (bestående av hovedsakelig kommunale kinoer), mente ESA i en såkalt Meddelelse om innsigelser at avtalene inneholdt alvorlige brudd på konkurransereglene i EØS-avtalen:

The EFTA Surveillance Authority has started formal proceedings against the associations representing film distributors and municipal cinemas in Norway. In a statement of objections the Authority warned Norske Filmbyråers Forening (the association of film distributors) and Film & Kino (an association of mainly municipal cinemas) that their film rental agreements contain restrictions on prices that constitute an infringement of the competition rules of the EEA Agreement.

Film rental agreements were entered into between Norske Filmbyråers Forening and Film & Kino in January 2002. The agreements lay down conditions for the distribution of films to cinemas in Norway: they stipulate the rates for film rentals applicable between distributors and cinemas. For the purpose of setting these rates, cinemas are split into different categories according to their size, for which different rental rates apply. The members of

¹⁰² ESAs avgjørelse 459/12/COL av 5. desember 2012 om støtte til Bømlabadet.

Norske Filmbyråers Forening and Film & Kino are obliged to comply with the terms laid down in the film rental agreements.

Article 53 of the EEA Agreement prohibits agreements which have as their object or effect the restriction of competition and which may affect trade between the Contracting Parties to the EEA Agreement. The investigation into the film rental agreements was initiated by the EFTA Surveillance Authority, following a complaint lodged by Oslo Kinematografer AS (a cinema operating in Oslo) in March 2002.

*The Authority considers that the Norwegian film rental agreements contain serious restrictions of competition, i.e. price fixing provisions, which constitute an infringement of the EEA Agreement.*¹⁰³

Et av grunnvilkårene for at EØS artikkel 53 skal komme til anvendelse er at de foreligger en avtale mellom *foretak*. Etersom det aldri kom til endelig vedtak i saken og siden Meddelelsen ikke er offentlig, har vi ikke kjennskap til om foretaksbegrepet ble drøftet noe mer inngående av ESA.

Uansett vil, som nevnt tidligere, foretaksbegrepet innen de alminnelige konkurranse-reglene og statsstøttereglene normalt forstås på samme måte. Det synes derfor forsvarlig å legge til grunn at kommunale kinoer må anses som foretak i statsstøtte-rettslig forstand.

5.6 ESAs praksis i lys av EFTA-domstolens, EU-domstolens og EU-kommisjonens praksis

På de aller fleste punkter samsvarer ESAs og EU-kommisjonens vurderinger med det som følger av rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen. På noen punkter synes det imidlertid som om ESAs praksis står i et noe anstrengt forhold til hva EU-domstolen og EU-kommisjonen har lagt til grunn. Det er imidlertid mulig at EFTA-domstolen, EU-domstolen eller EU-kommisjonen i disse sakene ville ha kommet til samme resultat som ESA hvis saken hadde vært til behandling hos et av disse organene, men da muligens med en annen begrunnelse.

ESA synes i flere saker å legge avgjørende vekt på at tjenesten leveres «*in-house*». EU-kommisjonens klare utgangspunkt er imidlertid at det *ikke* har betydning om tjenesten leveres i egenregi:

*More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.*¹⁰⁴

EU-kommisjonen synes å legge større vekt på om aktiviteten som sådan normalt er økonomisk (vanligvis leveres i markedet), enn om aktiviteten rent faktisk utøves av for eksempel en kommune. ESA synes imidlertid å mene at et marked som er «lukket» av kommunen ved at kommunen velger å levere tjenesten «*in-house*» kan føre til at tjenesten skal anses som ikke-økonomisk.

¹⁰³ Fra ESAs pressemelding av 20. desember 2012, tilgjengelig her: <http://www.eftasurv.int/press-publications/press-releases/competition/nr/334>

¹⁰⁴ EU-kommisjonens meddelelse om anvendelsen av statsstøttereglene på tjenester av allmenn økonomisk betydning, publisert i EUT 2012 C8/4, premiss 13.

Videre synes ESA å legge større vekt på om en tjeneste er *lovpålagt* enn hva som følger av rettspraksis. I flere saker er dette benyttet som et argument, uten at vi kan finne tilsvarende vurderinger foretatt av EU-kommisjonen eller av EU- eller EFTA-domstolen. Normalt vil vurderingstemaet være om det dreier seg om det langt snevrere begrepet *offentlig myndighetsutøvelse*, og ikke om tjenesten er lovpålagt eller ikke.

Vi utelukker ikke med dette at man kan legge ESAs praksis til grunn ved vurderinger av om enkelte aktiviteter skal anses som økonomiske eller ikke-økonomiske. Vi tror imidlertid at det i grenselandstilfeller kan være fornuftig å foreta en tilleggsvurdering i lys av rettspraksis og praksis fra EU-kommisjonen for å sikre seg at EFTA-domstolen ville ha kommet til at den aktuelle aktiviteten ikke skal anses som utøvelse av økonomisk virksomhet.

6 KOMMUNAL UTØVELSE AV ØKONOMISK AKTIVITET – TYPISKE STATSSTØTTERETTLIGE UTFORDRINGER

6.1 Innledning, forutsetninger og sammenfatning

6.1.1 Innledning

Som nevnt er det svært vanlig at det offentlige opptrer som aktør på konkurranseutsatte markeder ved for eksempel å selge varer eller tjenester. I hele EØS-området er det et stort innslag av offentlig eierskap i foretak som opererer på kommersielle markeder. Dette gjelder ikke minst i Norge, der det offentlige tradisjonelt sett har hatt større eierandeler og et mer direkte engasjement i næringslivet enn i de fleste land det er naturlig å sammenligne seg med.

EØS artikkel 125 bestemmer at avtalen ikke berører "avtalepartenes regler om eiendomsretten". Dette er tolket dit hen at det offentlige kan investere og opptre som aktør i kommersielle markeder uten at dette støter an mot avtalen. Således tillater avtalen blandingsøkonomier. Dette følger også forutsetningsvis av EØS artikkel 59. Det at det offentlige bruker ressurser på investeringer som medfører økt konkurranse og lavere marginer for private foretak, innebærer dermed ikke i seg selv at det ytes statsstøtte til foretaket det investeres i.

Like klart er det at heller ikke offentlige foretak kan motta statsstøtte som er i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler. Man kan si at EØS-avtalen stadfester et likebehandlingsprinsipp – det offentlige som investor kan verken straffes eller begunstiges sammenlignet med private investorer.

På overordnet nivå kan de samme statsstøtteproblemene som oppstår ved tildelinger til private oppstå i forbindelse med tiltak overfor offentlige foretak. I tillegg oppstår det gjerne en del særlige problemstillinger når det offentlige eier og driver næringsvirksomhet.

I det følgende vil vi beskrive de mest sentrale statsstøtteutfordringene man må være oppmerksom på når det offentlige utøver økonomisk aktivitet. Vi forutsetter at enheten som muligens mottar støtte er en type foretak som rammes av EØS-avtalen artikkel 61(1), herunder at selektivitetskriteriet, foretaksbegrepet og konkurranse- og samhandelsvilkåret er oppfylt, jf. punkt 4.2. Vi vil også synliggjøre hvordan man bør innrette seg for å unngå å opptre i strid med statsstøttereglene.

6.1.2 Sammenfatning

Det offentlige kan investere og opptre som aktør i kommersielle markeder uten at dette støter an mot reglene om offentlig støtte. Like klart er det at heller ikke offentlige foretak kan motta statsstøtte som er i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler. EØS-avtalen stadfester et likebehandlingsprinsipp ved at det offentlige som investor verken kan straffes eller begunstiges sammenlignet med private eiere.

Den helt overordnede regelen kommunene må forholde seg til er *markedsinvestor-prinsippet*. Overføringer av økonomiske fordeler fra kommunen til den aktuelle økonomiske virksomheten (eksempelvis i form av bevilgninger, kjøp av tjenester til overpris eller salg av eiendom eller eiendeler til underpris, gunstige lån og garantier), vil som den klare hovedregel være ulovlig, med mindre transaksjonene skjer i tråd med

markedsinvestorprinsippet. Det er i så måte viktig å huske på at når det offentlige utøver økonomisk virksomhet, skal det med andre ord være utsikter til god/normal avkastning på den kapitalen man investerer i virksomheten. Hvis man ikke kan dokumentere at det er sannsynlig at aktiviteten vil gå med tilstrekkelig overskudd, må det offentlige i mange tilfeller la være å utøve aktiviteten.

Hvis kommunen ikke har skilt ut den økonomiske virksomheten i et eget selskap, bør den i det minste sørge for et regnskapsmessig skille mellom økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter for å hindre *krysssubsidierting*. Vi gjør oppmerksom på at skillet i seg selv ikke utelukker at det kan skje urettmessige overføringer til enheten som utøver økonomisk virksomhet. I tillegg til det regnskapsmessige skillet, må man derfor sørge for at det rent faktisk ikke skjer noen krysssubsidierting. Kommunene må også sørge for at de delene av kommunene som driver økonomisk aktivitet betaler markedsmessig leie for bruk av for eksempel bygninger, grunn, kontorplasser, maskiner, andre produksjonsmidler og fellestjenester.

Kommuneloven og IKS-lovens ansvarsregler innebærer at det offentlige reelt sett stiller en *generalgaranti* for økonomisk virksomhet som drives som en del av kommunen (det være seg i form av en enhet/etat eller som et kommunalt foretak) og for IKS-er. Dette medfører at det blir enklere for foretakene i det hele tatt å få lån. I tillegg vil foretakene oppnå gunstigere kredittvilkår enn hva som ville ha vært tilfelle uten garantien. Den økonomiske virksomheten betaler ingen markedsmessig garantipremie for garantien, hvilket gjør det vanskelig å komme utenom at virksomheten mottar offentlig støtte.

Kommunen bør derfor sørge for en organisering som hindrer at den økonomiske aktiviteten nyter godt av en implisitt eller eksplisitt garanti. Slik lovgivningen er i dag, bør en derfor være varsom med å la en enhet som driver økonomisk aktivitet være en del av kommunen, et kommunalt foretak eller organisert i et interkommunalt selskap. Det tryggeste vil være å organisere økonomisk virksomhet i et selskap med begrenset ansvar – trolig ved å anvende aksjeselskapsformen.

Videre betaler ikke kommunale foretak og foretak organisert som en del av kommunen (eller fylkeskommunen) *inntektsskatt*. Dette innebærer klart nok en økonomisk fordel i statsstøtterettslig forstand. Kommunene bør derfor sørge for en organisering som gjør at den økonomiske virksomheten skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet i markedet. I dag vil det si at økonomisk virksomhet bør skilles ut i et eget selskap som er underlagt skatteplikt. En eventuell fremtidig endring i skatteloven som medfører at økonomisk aktivitet vil bli skattlagt selv når denne utøves av kommunen som sådan, vil rydde dette statsstøtteproblemet av veien.

6.2 Overordnet om de statsstøtterettslige rammene når kommuner driver næringsvirksomhet/økonomisk aktivitet – markedsinvestorprinsippet

6.2.1 Markedsinvestorprinsippet

Som nevnt er det i utgangspunktet ulovlig å tildele offentlig støtte til offentlig eide selskaper. Hvis foretakets eiere vil tildele støtte som rammes av statsstøtteforbudet i artikkel 61(1), må dette gjøres i tråd med en unntakshjemmel og i henhold til visse prosedyrer/fremgangsmåter (notifikasjon til ESA eller etterhåndsmelding i tråd med gruppeunntak).

Hovedregelen er altså at kommuners og fylkers eierskap i slike foretak (enheter som utøver økonomisk aktivitet) skal utøves på en måte som hindrer at selskapet mottar statsstøtte.

For å avgjøre om en tilførsel av offentlige midler¹⁰⁵ til et foretak innebærer en lovlig investering eller tildeling av offentlig støtte, har EU-domstolen, Førsteinstansretten, Kommisjonen og ESA utviklet det som gjerne omtales som markedsinvestorprinsippet. Enkelt forklart innebærer prinsippet at det må foretas en vurdering av om investeringer og tiltak foretatt av det offentlige er gjort på markedsmessige vilkår eller ikke. Hvis mottageren ikke ville ha fått den aktuelle fordelene under normale markedsforhold, vil det være tale om støtte.

Hvis en "investering" av offentlige midler oppfyller kravene som følger av markedsinvestortesten, vil det altså ikke være tale om statsstøtte. Tilførselen er dermed lovlig, og det foreligger ingen plikt til å melde den til ESA. Hvis tildelingen ikke er gjort under hensyntagen til markedsinvestortesten, vil det derimot foreligge meldepliktig statsstøtte, som eventuelt må godkjennes av ESA før den kan iverksettes. Dersom ESA kommer til at det foreligger ulovlig tildeling av statsstøtte, skal støttegiver som hovedregel kreve støtten tilbakebetalt.

Spørsmålet er hvilke hensyn det offentlige skal la seg lede av når det skal foretas en investering i tråd med markedsinvestorprinsippet. Utgangspunktet er at når det offentlige oppretter foretak, kjøper andeler i foretak, låner bort penger eller foretar kapitaltilførsler i selskaper, skal disse investeringene gjøres ut fra rentabilitetsmessige hensyn. Dette innebærer at det må være utsikter til normal (markedsmessig) avkastning på kapitalen. Følgende uttalelse fra EU-domstolen er illustrerende (sak 40/85, Belgia mot EU-kommisjonen):

In the case of an undertaking whose capital is almost entirely held by the public authorities, the test is, in particular, whether in similar circumstances a private shareholder, having regard to the foreseeability of obtaining a return and leaving aside all social, regional policy and sectoral considerations, would have subscribed the capital in question.

En annen interessant avgjørelse er EU-domstolens avgjørelse i sak C-305/89 (Italia mot EU-kommisjonen), hvor domstolen skriver at

19 In order to determine whether such measures are in the nature of State aid, it is necessary to consider whether in similar circumstances a private investor

¹⁰⁵ Eksempelvis i form av direkte tilskudd, lån fra en kommune, garantistillelser eller betaling ved kjøp av tjenester mv.

of a size comparable to that of the bodies administering the public sector might have provided capital of such an amount.

20 It should be added that although the conduct of a private investor with which the intervention of the public investor pursuing economic policy aims must be compared need not be the conduct of an ordinary investor laying out capital with a view to realizing a profit in the relatively short term, it must at least be the conduct of a private holding company or a private group of undertakings pursuing a structural policy - whether general or sectorial - and guided by prospects of profitability in the longer term.

Det offentlige kan altså ikke foreta en investering (eksempelvis en kapitaltilførsel) for å ivareta sosiale, regionale eller sektorpolitiske hensyn hvis det ikke samtidig er «god business». Her ser vi at likebehandlingsprinsippet som gjelder mellom offentlige og private foretak ikke gjelder fullt ut, men at offentlige foretak og dets eiere nærmest står overfor en strengere norm enn det private gjør. Private investorer kan eksempelvis opprette selskaper som kommersielt sett ikke lar seg forsvare, uten at dette på noen måte er i strid med statsstøttereglene. Det samme er altså ikke tilfellet der det offentlige opptrer som investor. En annen sak er at slike investeringer i mange tilfeller kan være tillatt i henhold til en av avtalens unntakshjemler, se kapittel 7 nedenfor.

Det er vanskelig klart å angi hvilken avkastning som er påkrevd for at en skal anses for å ha opptrådt i samsvar med markedsinvestorprinsippet. Det må foretas en konkret vurdering der en rekke faktorer vil bli tillagt vekt, blant annet hvilket avkastningskrav som stilles til sammenlignbare foretak, dagens og fremtidig markedssituasjon og mer spesielle forhold knyttet til det aktuelle foretaket. I denne sammenheng må det særlig foretas en analyse av foretakets finansielle nøkkeltall og resultater de siste årene. Helt sentralt står naturligvis risikoeksponeringen knyttet til den aktuelle investeringen. Hvis investeringen er forbundet med høy risiko, må den potensielle "oppsiden" være høyere enn hva som kreves der det foreligger lav risiko. Det er altså ikke tilstrekkelig bare å vise at prosjektet ikke vil være tapsbringende. Videre er det klart at en i hvert fall må kreve høyere avkastning enn hva man vil få ved å plassere den aktuelle kapitalen på bankkonto. Den kapitalen det offentlige investerer i sine selskaper kunne alternativt ha vært brukt til andre formål. Kapitalen har derfor en kostnad som tilsvarer kapitalens alternative verdi. Avkastningskravet kan muligens defineres som den forventede avkastningen eieren kunne ha oppnådd ved en alternativ plassering med tilsvarende risiko. Den alternative finansielle plasseringen er således retningsgivende. Hvis det ikke er utsikter til normal avkastning på kort sikt, og det heller ikke er sannsynlig at det vil skje på lang sikt, samt at det offentlige foretaket ikke treffer tiltak for å avhjelpe situasjonen, vil ESA normalt anta at foretaket mottar støtte. Dette fordi det offentlige gir avkall på den inntjeningen som en investor i en markedøkonomi ville forvente av en tilsvarende investering.

Markedsinvestorprinsippet innebærer videre at det offentlige må skille mellom sin rolle som investor og myndighetsperson. Således kan en kommune vanskelig investere i¹⁰⁶ en bedrift under henvisning til at en nedleggelse eller utflytting av virksomheten vil bli dyrere enn en opprettholdelse som følge av at nedleggelsen vil medføre lavere skatteinntekter, jf. følgende uttalelse fra EU-domstolen:

¹⁰⁶ Eller for så vidt tilføre andre økonomiske goder eller gi fritak eller lettelser i økonomiske byrder.

Hvad endelig angår delstatens argument om større skatteprovenu bemærkes, at delstatens rolle som offentligt organ og dens rolle som erhvervsdrivende ikke må sammenblandes. Et større skatteprovenu ville imidlertid være fuldstændig uden betydning for en privat investor.¹⁰⁷

Når det gjelder intensiteten i ESAs overprøving knyttet til det offentliges investeringer sammenholdt med markedsinvestorprinsippet, er det klart at overvåkningsorganet ikke har til hensikt å la sitt eget skjønn tre i stedet for investorenes. På lik linje med hva som er tilfelle for private investorer, vil det offentliges investeringsbeslutninger i stor grad bero på skjønnsmessige vurderinger med hensyn til risiko- og avkastningsmuligheter. Det er åpenbart at visse investeringer vil kunne gi en lavere avkastning enn det som er vanlig, og at en rekke investeringer mislykkes fullstendig. Det offentlige som investor må derfor innrømmes et relativt vidt skjønn med hensyn til hvilke investeringer som skal foretas. Videre knyttes vurderingen til det tidspunktet da investeringsbeslutningen ble fattet. Det er således ikke avgjørende at det i ettertid viser seg at avkastningen rent faktisk ble for lav. En investering innebærer kun støtte dersom det ikke forelå objektive grunner til med rimelighet å kunne forvente god/normal avkastning i et sammenlignbart foretak på det tidspunktet investeringen ble foretatt.

Når en kommune skal foreta kapitaltilførsler, yte lån eller lignende, og man mener at dette skjer på markedsmessige vilkår, bør man sørge for at risikovurderingene dokumenteres. Dette for senere å kunne vise at man har foretatt en forsvarlig vurdering av avkastningsmulighetene med videre for det tilfellet at det skulle bli fremsatt påstander om at mottakeren mottar ulovlig statsstøtte. I denne sammenheng bør kommunen også vurdere å innhente skriftlige uttalelser fra uavhengige finansrådgivere som godtgjør at disposisjonene er foretatt på markedsvilkår.

Samfinansiering med kommersielle investorer og/eller låneinstitusjoner kan være en god måte å sørge for at det aktuelle tiltaket skjer på markedsmessige vilkår. Hvis private investorer gjennomfører tiltak til fordel for den aktuelle bedriften på nøyaktig samme vilkår som det offentlige, er dette et vektig argument for at tiltaket ikke inneholder elementer av statsstøtte.

6.2.2 Særlige problemstillinger i lys av markedsinvestorprinsippet

6.2.2.1 Innledning

Når det offentlige deltar som markedsaktør i kommersielle markeder, er det ganske vanlig at det opprettes en mer eller mindre selvstendig enhet som skal produsere og selge de aktuelle varene og tjenestene. Denne fristillingsprosessen er ofte, men ikke alltid, ledd i en privatiseringsprosess, hvor resultatet til slutt er at enheten selges.

Når stat, kommuner eller fylkeskommuner (og for så vidt andre offentlige organer) begir seg inn på kommersielle markeder og forestår slike prosesser, må man i utgangspunktet til enhver tid ha et bevisst forhold til statsstøttereglene. Herunder må man følge markedsinvestorprinsippet i alle virksomhetens faser – fra opprettelse til opphør eller salg. I det følgende vil vi knytte noen kommentarer til typiske statsstøtteproblemer som gjerne oppstår i forbindelse med opprettelse av foretak, driften av foretaket og opphør/salg av virksomheten.

¹⁰⁷ Førsteinstansrettens sak T-228/99. Se også EU-domstolens sak C-334/99 premiss 134.

6.2.2.2 Opprettelse av offentlig eide virksomheter som driver økonomisk aktivitet

Noe av det første man må ta standpunkt til er hvilken selskapsform enheten skal ha. Skal det for eksempel være et aksjeselskap, interkommunalt selskap eller kommunalt foretak? Valg av selskapsform reiser særlige statsstøtteproblemer og vil bli behandlet i punkt 6.4.2 og 6.5.2.

Det økonomiske grunnlaget for virksomheten avklares normalt gjennom utarbeidelse av en åpningsbalanse med utgangspunkt i en forretningsplan for virksomheten. I åpningsbalansen oppstilles selskapets eiendeler, gjeld og egenkapital på stiftelsestidspunktet. Åpningsbalansen skal gjenspeile enhetens reelle aktiva og forpliktelser på stiftelsestidspunktet.

De midlene det offentlige skyter inn i sine selskaper, kunne ha vært brukt til andre formål. Kapitalen har derfor en kostnad som tilsvarer kapitalens alternative verdi. En kommune bør derfor oppstille et avkastningskrav. Avkastningskravet kan defineres som den forventede avkastningen eieren kunne ha oppnådd ved en alternativ plassering med tilsvarende risiko. Som hovedregel bør en kommune benytte samme prinsipper for fastsettelse av mål for avkastning som private investorer gjør. Dermed vil avkastningskravet øke med økende risiko. Historisk avkastning for private selskaper i samme bransje kan være retningsgivende med hensyn til hvilket avkastningskrav det er rimelig å sette for den fristilte virksomheten.

I lys av åpningsbalansen må man ta standpunkt til om det er utsikter til god eller normal avkastning på den kapitalen man ønsker å investere. Hvis man, på bakgrunn av markedsinvestorprinsippet, kommer til at private investorer ville ha krevd syv prosent avkastning på kapitalen, mens den aktuelle forretningsplanen viser at det kun er utsikter til tre prosent avkastning, må kommunen vurdere å ikke gjennomføre prosjektet. Dersom man eksempelvis skyter inn en fast eiendom i selskapet, og denne verdsettes til kun halvparten av den reelle verdien, vil foretaket få en "dåpsgave" som det ikke stilles avkastningskrav til.

EU-kommisjonen og ESA har kommet til at det er ytet ulovlig statsstøtte til et foretak i tilfeller der eiendeler er for lavt verdsatt ved opprettelsen av selskapet. ESAs Arcus-avgjørelse (sak 339/98/COL) er illustrerende for en rekke statsstøtterettslige problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med utskilling og opprettelse av selskaper. I forbindelse med utskillelsen av Arcus AS fra Vinmonopolet AS, hadde Arcus blitt verdsatt til 357 millioner kroner. ESA innledet med å skrive at utgangspunktet for vurderingene av om Arcus var tilført ulovlig støtte, er det såkalte markedsinvestorprinsippet.

Verdifastsettelsen på 357 millioner kroner forutsatte blant annet at tapperiene i Bergen og Trondheim fortsatt skulle være en del av virksomheten. ESA konkluderte med at dette innebar en suboptimal utnyttelse av eiendelene, og at de nevnte tapperiene burde ha vært realisert. Gitt en slik realisasjon, skulle verdien av selskapet derfor ha vært fastsatt til 621 millioner kroner. ESA kom til at differansen innebar statsstøtte som skulle tilbakebetales. Hva gjelder åpningsbalansen mv, uttalte ESA følgende:

A/S Vinmonopolet's business plan was presented in 1995 and showed that bottling of wine and spirits would be much more costly in Bergen and Trondheim than in Arcus' new facilities in Oslo. It was therefore clear already

in the autumn of 1995, that it would not be justifiable on commercial grounds to continue Arcus' production activities in Bergen and Trondheim.

Thus, it is noted in the D&T report that the return on Arcus' production activities would not suffice to cover the estimated market rents in Bergen and Trondheim. It is also made clear in Annex 1 of the D&T report, that Arcus would realise a capital gain if it decided to sell the facilities in Bergen and Trondheim. It must as well be assumed that Arcus alternatively could obtain additional income by letting out these facilities or employing them in new commercial activities on its own account.

[]

The Authority has concluded that Arcus received fixed assets that were undervalued by NOK 264 million and that the State was compensated with shares undervalued by the same amount. A correct opening balance would have shown fixed assets and share value NOK 264 million above the recorded figures. The aid of NOK 264 million shall be recovered. In the circumstances of the case, with the view of restoring status quo, the recovery can be in the form of the State receiving NOK 264 million in increased share capital, recorded in a corrected opening balance as of 1 January 1996.

Videre mottok Arcus store summer til restruktureringstiltak i forbindelse med opprettelsen. Selskapet måtte tilbakebetale i overkant av 100 000 000 kroner med tillegg av renter for omstillingsbevilgninger som var ført som ekstraordinær inntekt. ESAs avgjørelse viser likevel at det er relativt gode muligheter til å skyte inn kapital til restruktureringformål dersom man hensyntar markedsinvestorprinsippet, og at man faktisk bruker omstillingsmidlene på omstillingstiltak.

Arcus måtte dessuten tilbakebetale 30 000 000 kroner som selskapet hadde blitt tilført for ivaretagelse av uklare miljøforpliktelser.

Til sammen måtte Arcus tilbakebetale ca. 394 000 000 kroner pluss renter.

6.2.2.3 Drift av enheten – kapitaltilførsler, utbytte og manglende avkastningskrav

Statsstøtteproblemer kan også oppstå i forbindelse med driften av offentlige selskaper. På overordnet nivå må det offentlige forvalte sine løpende eierinteresser i kommersielle selskaper i tråd med markedsinvestorprinsippet. Eksempelvis må lån og garantier til selskapet gis på markedsmessige vilkår.

Det kan være problematisk dersom det offentlige unnlater å kreve utbytte der en privat investor ville ha gjort det. På den annen side velger private investorer ofte ikke å ta ut utbytte fra sine selskaper – dette gjelder især under selskapenes første leveår. Videre vil man gjerne la være å kreve utbytte i stedet for å foreta vanlige kapitaltilførsler i selskapene. Det må derfor antas at det vil høre til sjeldenhetene at ESA vil "pålegge" offentlige investorer å kreve utbytte.

ESAs sak om støtte til Kippermoen treningssenter i Vefsn kommune er interessant i flere henseender, herunder spørsmålet om avkastningskrav (avgjørelse 90/13/COL av 27. februar 2013). I avgjørelsen nevner ESA eksplisitt at Vefsn kommune må kreve normal avkastning på investeringene kommunen har foretatt i treningssenteret:

The Authority considers that the Norwegian authorities should take certain appropriate measures to ensure that the financing of the fitness centre at KLC does not entail state aid. The Authority proposes the following appropriate measures:

[]

- Third, the municipality of Vefsn should require a normal return on its investment in the fitness centre at KLC.

Videre vil selskapene ofte ha behov for tilførsel av ytterligere kapital fra sine investorer. Også slike kapitaltilførsler må gjøres under hensyntagen til markedsinvestorprinsippet – det bør således foretas eksterne og uavhengige kapitalstrømsanalyser som viser at det er utsikter til normal avkastning innen rimelig tid på den kapitalen det planlegges å skyte inn.

6.2.2.4 Salg og opphør, herunder opprettholdelse av virksomheter som ikke har «livets rett» – redningsaksjoner som ikke oppfyller markedsinvestortesten

Som nevnt skjer ofte fristilling og konkurranseutsetting av offentlig virksomhet som ledd i en privatiseringsprosess. Når det offentlige selger hele eller deler av sine selskaper, er det viktig at salg til andre foretak/næringsaktører skjer til markedspris. Ved salg til underpris vil differansen mellom markedsprisen og den prisen kjøperen faktisk betaler, innebære statsstøtte.

Man ser ofte at det offentlige, av sosiale, regionale og sektorpolitiske hensyn, fortsetter driften av selskaper som befinner seg i økonomiske vanskeligheter ved eksempelvis å skyte inn kapital i foretaket. Dersom en privat investor ikke ville ha opprettholdt driften av et tilsvarende selskap, vil det lett innebære ulovlig støtte å fortsette driften, forutsatt at opprettholdelsen innebærer en økonomisk byrde for det offentlige. I denne sammenheng understreker vi at det ikke er tilstrekkelig kun å vise til at en investering ikke vil foranledige tap for det offentlige, jf. følgende uttalelse fra Førsteinstansretten:

Det bemærkes, at en privat investor normalt ikke lader sig nøje med, at en investering ikke giver ham tab eller kun giver et begrænset udbytte. Han vil nemlig bestræbe sig på at opnå en passende maksimering af forrentningen af sin investering i forhold til de foreliggende omstændigheder og hans interesser på kort, mellemlang eller lang sigt, hvilket også gælder for en investering i en virksomhed, i hvis selskabskapital, han allerede besidder kapitalinteresser.¹⁰⁸

Det offentlige kan bli tvunget til å begjære oppbud (slå selskapet konkurs) dersom dette er det økonomisk mest "fornuftige", jf. forutsetningsvis følgende uttalelse fra EU-domstolen:

Med henblik på at fastslå, om privatiseringen af GS til en negativ købspris på 340 mio. DEM indebærer elementer af statsstøtte, skal der foretages en vurdering af, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med organer, som forestår forvaltningen af den offentlige sektor, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af denne

¹⁰⁸ Sak T-228/99, *Westdeutsche Landesbank*, Sml. 2003 s. II-435, premiss 314.

størrelse i forbindelse med salget af virksomheden eller ville have valgt en likvidation af virksomheden (jf. i denne retning bl.a. dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 70).¹⁰⁹

Vi understreker likevel at det er en viss adgang til å berge bedrifter med økonomiske vanskeligheter gjennom tilførsel av støtte som ikke skjer i tråd med markedsinvestorprinsippet.¹¹⁰ Slik støtte må følge vilkårene i ESAs retningslinjer for krise- og omstrukturingsstøtte.

6.2.2.5 Lån i lys av markedsinvestorprinsippet

Hvis en kommune skal yte lån til en enhet som driver virksomhet som rammes av statsstøtteforbudet, så skal lånene i utgangspunktet gis i tråd med markedsinvestorprinsippet. Kommunen må derfor vurdere om en privat aktør ville ha ytet lånet til låntakeren på de aktuelle vilkårene. Hvis svaret er nei, må kommunen velge mellom ikke å yte lånet, å justere vilkårene eller å yte lånet i tråd med et av unntakene fra forbudet mot statsstøtte (enkelt forklart å gi lånet i tråd med gruppeunntakene eller ESAs retningslinjer).

Når en skal vurdere om et lån er i tråd med markedsinvestorprinsippet, må det foretas en konkret vurdering av risikoen knyttet til lånet sett opp mot lånevilkårene som er fastsatt. Risikoen gjenspeiler seg gjerne i rentesatsen og sikkerheten som kreves. Hvis risikoen knyttet til lånet er høy, tilsier dette en høy rentesats og vice versa. Ofte ser en at det offentlige anfører at et lån er ytet i tråd med markedsinvestorprinsippet fordi man har krevd noe som ligner en normalrente (eksempelvis NIBOR med tillegg av et risikopåslag på 2 prosent). I slike tilfeller viser det seg imidlertid ofte at risikoen for tap av hele kapitalen er overhengende. Da vil ESA være av den oppfatning at lånet inneholder elementer av statsstøtte. Hvis risikoen er tilstrekkelig høy, vil lånet i sin helhet måtte anses som en subsidie, hvilket vil innebære at ikke engang en rente på eksempelvis 50 prosent vil være tilstrekkelig til å anses for å opptre i tråd med statsstøttereglene.

Ved helhetsvurderingen må det ses hen til den aktuelle lånemottakarens finansielle situasjon og det relevante markedet. Det stilles høyere krav for å låne ut penger til et selskap med lav soliditet. En privat investor ville blant annet kreve bedre sikkerhet og/eller en høyere rentesats hvis låntaker er i en vanskelig finansiell situasjon. Når vilkårene skal fastsettes, skal dette skje i tråd med hvilken rente som for tiden kreves av kommersielle låneinstitusjoner for lån med tilsvarende risiko og med samme løpetid mv.

Videre har ESA utgitt retningslinjer om renter som kan være til god hjelp når man skal fastslå hvilken rente det offentlige skal kreve i forbindelse med utlån av penger.¹¹¹ I tilfeller hvor offentlige organer ønsker å tildele lån på markedsmessige vilkår (altså

¹⁰⁹ Sak C-334/99, *Tyskland v Kommisjonen*, Sml. 2003 s. I-1139, premiss 133. Se også premiss 134-141.

¹¹⁰ Et eksempel er støtte til Driftsselskapet Rena Karton AS, se ESAs pressemelding: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/other/nr/648>

¹¹¹ Part VII: Rules regarding applicable rates: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>

uten å gi offentlig støtte), er det vår oppfatning dette normalt kan gjøres ved å følge metoden oppstilt i retningslinjene.¹¹² I det følgende gir vi en forklaring av metoden.

Beregningen tar utgangspunkt i en basisrente fastsatt av ESA ut fra en ettårig interbankrente (IBOR). Basisrenten endres relativt hyppig.¹¹³ I skrivende stund er renten på 2,02 prosent.

På basisrenten skal det gjøres et påslag på mellom 60 og 100 basispoeng, avhengig av foretakets (her låntagers) kredittverdighet og hvilken sikkerhet som er knyttet til det aktuelle lånet. Nedenstående tabell viser at kredittverdighet og sikkerhet påvirker antallet basispoeng som skal legges til basisrenten.

Tillegg i basispoeng			
Kredittverdighet/rating	Sikkerhet		
	Høy	Normal	Lav
Sterk (AAA-A)	60	75	100
God (BBB)	75	100	220
Tilfredsstillende (BB)	100	220	400
Svak (B)	220	400	650
Dårlig/Finansielle vanskeligheter (CCC og lavere)	400	650	1000

Som figuren viser, tar man utgangspunkt i hvilken kredittverdighet låntager har, henholdsvis *sterk*, *god*, *tilfredsstillende*, *svak* og *dårlig/finansielle vanskeligheter*. ESA har i praksis lagt ulike kredittratingbyråers vurdering av kredittverdigheten til grunn. Et foretak som for eksempel er vurdert til å ha A-rating, anses for å ha en sterk kredittverdighet, mens et foretak med B-rating regnes for å ha svak kredittverdighet.

Videre tillegges sikkerheten på lånet vekt ved fastsettelsen av hvor mange basispoeng som skal legges til basisrenten. Sikkerheten er delt inn i tre kategorier, henholdsvis *høy*, *normal* og *lav* sikkerhet.¹¹⁴

ESA legger til grunn at det vanlige er at det blir tillagt 100 basispoeng på basisrenten. Dette forutsetter at det er tale om lån med kombinasjonen tilfredsstillende rating og høy sikkerhet, god rating og normal sikkerhet eller sterk kredittverdighet og lav sikkerhet.

¹¹² Det kan likevel tenkes tilfeller hvor metoden ikke kan anvendes. Eksempelvis vil ikke en gang et påslag på 1000 basispoeng nødvendigvis ekskludere muligheten for at det tildeles statsstøtte i tilfeller hvor risikoen for tap av hele lånebeløpet er overhengende.

¹¹³ <http://www.eftasurv.int/state-aid/rates/>

¹¹⁴ I fotnote 2 i ESAs retningslinjer (Part VII: Rules regarding applicable rates) er sikkerhetskategoriene nærmere forklart: “Normal collateral should be understood as the level of collateral normally required by financial institutions as a guarantee for their loan. The level of collaterals can be measured as the Loss Given Default (LGD), which is the expected loss in percentage of the debtor's exposure taking into account recoverable amounts from collateral and the bankruptcy assets; as a consequence the LGD is inversely proportional to the validity of collaterals. For the present communication it is assumed that ‘High’ collateralisation implies an LGD below or equal to 30 %, ‘Normal’ collateralisation an LGD between 31 % and 59 %, and ‘Low’ collateralisation an LGD above or equal to 60 % [...]”.

Enkelte nystartede selskaper har ingen lånehistorie eller rating. I slike tilfeller skal det skje et påslag på minst 400 poeng. Påslaget skal dessuten ikke være lavere enn det man ville ha gitt til morselskapet.

Hvis en kommune eksempelvis skal yte lån til et selskap med BB-rating, anses selskapet for å ha en *tilfredsstillende kredittverdighet*. Hvis lånet ytes mot *normal sikkerhet*, skal det derfor gjøres et påslag på 220 basispoeng på basisrenten. Med en basisrente på 2,02, skal låntager med andre ord betale en rente på 4,22 prosent. Hvis låntager betaler denne renten, er det vår oppfatning at lånet ytes på markedsmessige vilkår, og at långiver derfor vanskelig kan bli møtt med at lånet inneholder elementer av statsstøtte.

Det kan tenkes tilfeller hvor kommuner vil kunne gi lån på gunstigere vilkår enn denne metoden tilsier. Dette vil i hvert fall kunne skje i situasjoner hvor kommersielle finansinstitusjoner er villige til å gi tilsvarende lån til vedkommende bedrift til bedre vilkår enn metoden skulle tilsi.

6.3 Typiske statsstøtterettslige problemstillinger – uavhengig av om den økonomiske aktiviteten skjer som del av kommunen eller i egne rettssubjekter

6.3.1 Innledning

De fleste statsstøtteproblemer kan tenkes å oppstå uavhengig av hvilken økonomisk enhet som er den potensielle støttemottakeren. I det følgende vil vi gi en oversikt over de problemstillingene som etter vår oppfatning er mest relevante. Selv om en rekke av problemstillingene behandlet i dette punktet ofte også oppstår ved tildelinger til privateide selskaper, er de hyppigst representert når støttemottaker er offentlig eiet.

6.3.2 Manglende overholdelse av markedsinvestorprinsippet

I dette avsnittet skal vi stort sett bare minne om at det offentlige som eier av foretak som tilbyr varer og tjenester i et marked normalt må etterleve markedsinvestorprinsippet, jf. den relativt omfattende beskrivelsen av prinsippet ovenfor.

Ved forvaltningen av eierskap i store offentlige vareproduserende enheter er dette normalt ganske opplagt. Ved kommunalt eierskap i tjenesteytende virksomheter som historisk har vært en mer eller mindre integrert del av kommunen, ser man ofte at det er vanskelig å skille rollen som kommersiell eier fra rollen som myndighetsorgan.

Vårt inntrykk er at mange kommuner etter hvert har blitt flinkere til å operere med en form for skille mellom skjermet og konkurranseutsatt virksomhet, men at man ofte glemmer at sistnevnte skal utøves med sikte på å oppnå profitt. Her er ESAs beslutning om treningssenteret på Kippermoen i Vefsn kommune illustrerende. Som nevnt krever ESA at kommunen må la seg lede av et profittmotiv (avgjørelse 90/13/COL av 27. februar 2013):

The Authority considers that the Norwegian authorities should take certain appropriate measures to ensure that the financing of the fitness centre at KLC does not entail state aid. The Authority proposes the following appropriate measures:

[]

- *Third, the municipality of Vefsn should require a normal return on its investment in the fitness centre at KLC.*

6.3.3 Tilførsler av økonomiske fordeler man normalt ikke ville ha fått

På overordnet nivå følger det av statsstøttereglene at den kommersielle/økonomiske delen av kommunenes virksomhet ikke skal gis tilgang på økonomiske goder et tilsvarende privat selskap ikke ville ha fått tilgang til under normale markedsforhold. Eksempelvis vil det være problematisk om kommunen overdrar fast eiendom til den konkurranseutsatte delen av virksomheten til underpris. Motsatt vil kommunen normalt ikke ha adgang til å kjøpe varer eller tjenester fra den samme enheten til overpris. Et annet eksempel er billig eller gratis husleie, jf. ESAs avgjørelse i saken om Analysesenteret i Trondheim:

(28) Norwegian Authorities have submitted that the Municipality of Trondheim has no formal rental contract with the Analysis Centre. The information provided indicates that the Analysis Centre initially did not pay any rent to the Municipality of Trondheim, but merely covered the daily operational and maintenance expenses for its premises. Now, the Analysis Centre pays a ground rent of 100 000 NOK (13 400 EUR) per year for the usage of two of the three floors of the building. However, according to the second complainant the appropriate market rent for two floors of a building of this size in this location would amount to at least 1 500 000 NOK (201 000 EUR). The Authority notes that the Norwegian authorities have not provided specific comments to this information, neither have they provided an independent expert evaluation to determine the market rent for the part of the premises the Analysis Centre uses for its commercial activities. On the basis of the above, the Authority concludes that the conditions under which the Municipality of Trondheim provides the premises to the Analysis Centre are more advantageous than the market conditions would be and thus constitute an advantage.

Nedenfor behandler vi flere eksempler på tilfeller hvor konkurranseutsatte enheter mottar fordeler de ikke ville ha oppebåret under normale markedsforhold.

6.3.4 Fritak fra eiendomsskatt, avgifter eller andre økonomiske byrder som enheten normalt skulle ha betalt

Man ser fra tid til annen at enheter/foretak fritas fra skatter og avgifter som man normalt skulle ha betalt dersom det ikke var gjort unntak fra hovedregelen (selektivitetsvilkåret i EØS artikkel 61(1) er oppfylt). Skatte- og avgiftslettelser innebærer klart nok en fordel for den som slipper å betale avgiften. Således vil vilkår nummer 1 være oppfylt. Avgiftslettelsen vil videre være en økonomisk byrde for det offentlige, idet man gir avkall på inntekter man normalt skulle ha oppebåret. Dermed er også vilkår nummer 2 oppfylt. Forutsatt at lettelsen gis til foretak som tilbyr varer og tjenester i et konkurransemarked med internasjonalt tilsnitt, vil støtten normalt være ulovlig.

Et illustrerende eksempel kan være den såkalte Entrasaken. I forbindelse med opprettelsen av Entra AS, ble selskapet tilført store verdier i form av faste eiendommer. Ved slike eiendomstransaksjoner skal det normalt betales dokument- og

tinglysningsgebyr. Ved eiendomsoverdragelsene til Entra ble det imidlertid ikke beregnet slike avgifter. ESAs pressemelding om saken er illustrerende:

Entra was established as a limited liability company in 2000 as a part of a reorganisation of the administrative body Statsbygg. The company is 100% owned by the Norwegian State and is operating in competition with private companies. When Entra was established, the Norwegian Parliament adopted a special law whereby Entra was exempted from paying document duties and registration fees. According to the Act on Document Duty, the registration of transfer of ownership title (“hjemmeloverføring”) to real estate property releases an obligation to pay document duties and registration fees. []

The EFTA Surveillance Authority today decided that the exemption of document duties and registration fees provided for in the establishment of the Norwegian real estate company Entra Eiendom AS constitutes unlawful state aid. The Authority also decided that the foregone duties and fees shall be recovered with accrued interest. Norwegian authorities have calculated the accumulated duties and fees to be in the range of NOK 80 million (some EUR 10 million).¹¹⁵

ESA konkluderte altså med at avgiftsfritakene var ulovlige, og at Entra måtte «tilbakebetale» støtten på omkring 80 millioner kroner gjennom å betale avgiftene.

Et annet eksempel kan være fritak fra eiendomsskatt. En kommune står fritt til å innføre eiendomsskatt. Hvis man innfører en slik avgift må den imidlertid gjelde generelt. Man kan for eksempel ikke gi fritak fra eiendomsskatt for enkeltbedrifter eller bedrifter innen bestemte næringsgrener.

At fritak fra alminnelig selskapsskatt kan være problematisk, kommer vi tilbake til i punkt 6.5.3. Her inntar vi likevel følgende sitat fra ESAs pressemelding om Analysesenteret i Trondheim:

Videre, siden Analysesenteret er en del av kommunen, betaler ikke senteret skatt på de inntektene det får fra sin kommersielle virksomhet.

ESA konkluderer med at disse forholdene bryter med statsstøttereguleringen i EØS-avtalen fordi de kan påvirke konkurranse og samhandel i EØS-området.¹¹⁶

ESA hadde tilsvarende betraktninger i rennovasjonssaken.¹¹⁷

6.3.5 Krysssubsidiering og manglende internprising

6.3.5.1 *Problemstilling – blanding av kommersiell og ikke-kommersiell aktivitet*

Som vist tidligere, oppstår det ofte statsstøtteproblemer i tilfeller hvor et organ, et selskap eller en enhet utøver blandet virksomhet i form av en eller flere skjermede

¹¹⁵ Vi har byttet rekkefølge på de to avsnittene for å få bedre sammenheng mellom faktum og juss. Avgjørelsen er avsagt 14. desember 2005 (avgjørelse 318/05/COL).

¹¹⁶ Avgjørelse 129/13/COL av 20. mars 2013.

¹¹⁷ Avgjørelse 91/13/COL av 27. februar 2013.

aktiviteter kombinert med en eller flere kommersielle/konkurransutsatte aktiviteter. Den skjermede aktiviteten har normalt fått bevilgninger i form av støtte. Det er ved slik blandet virksomhet risiko for at midler som skal finansiere den skjermede delen kan tilflyte den kommersielle delen av virksomheten (krysssubsidiering).

Saken om Analysesenteret i Trondheim vil bli brukt som eksempel på flere av de problemstillingene som gjerne oppstår ved såkalt blandet virksomhet. ESA stadfestet at Analysesenteret utøver både økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter:

(22) As described above, the Analysis Centre carries out a number of activities. Some of these are services which the Analysis Centre provides to the municipality without remuneration, for example the supervision of its facilities and hygiene control in public kitchens. The Analysis Centre is thus entrusted with certain tasks that form part of the essential functions of the municipality. Unless the EFTA State concerned has decided to introduce market mechanisms, activities that intrinsically form part of the prerogatives of official authority and are performed by the State do not constitute economic activities. Consequently, the aforementioned services cannot be considered as economic activities.

(23) However, the Analysis Centre also provides laboratory services in exchange for remuneration. The recipients of such services may be other public entities, as well as private companies. In that regard the Authority notes that there is a market for laboratory services in Norway on which the Analysis Centre competes with various market operators. The information at hand indicates that the Analysis Centre offers its services on the market for laboratory services in the manner of an economic activity.

Dermed var Analysesenteret å anse som foretak, hvilket medførte en rekke statsstøtterettslige problemstillinger som vil bli behandlet nedenfor. Allerede her nevner vi at ESA krevde stans i kommunens utbetalinger til Analysesenterets kommersielle del:

Trondheim kommune må stanse alle direkte utbetalinger til den delen av Analysesenteret som tilbyr tjenester i markedet.¹¹⁸

6.3.5.2 Manglende regnskapsmessig skille

Når det offentlige driver slik blandet virksomhet, bør man i det minste operere med et regnskapsmessig skille mellom aktivitetene, jf. ESAs avgjørelse i Analysesentersaken:

- *The Municipality of Trondheim should ensure that the accounts of the Analysis Centre are split between the economic and the non-economic activities of the Centre and that there is no cross-subsidisation between the two parts;*

Tilsvarende betraktninger kommer også til uttrykk i saken om avfallshåndtering:

(34) As noted, the services of the municipal waste collectors can be divided into economic and non-economic activities. The Norwegian authorities have not properly ensured, by either amending the current legislation or by taking administrative action, that those activities are duly separated. This situation

¹¹⁸ Fra ESAs pressemelding 20. mars 2013.

may lead to cross-subsidisation between non-economic and economic activities. Hence municipal waste collectors engaging in economic activities have a potential advantage over their private competitors.

[]

(68) In light of the above, the Authority considers that the following measures taken cumulatively would be suitable to ensure that the award of the waste collection fee to the municipal waste collectors does not entail state aid:

- First, the Norwegian authorities should introduce a legally binding obligation requiring municipal waste collectors carrying out economic and non-economic activities to keep separate accounts for the two types of activities. The Norwegian authorities should ensure that the waste collection fee will be calculated on the basis of the costs directly related to the non-economic activity as well as a proportionate share of fixed common costs,

- Second, the Norwegian authorities should introduce an adequate system of control that prevents any form of cross subsidisation between the non-economic and economic activities of the municipal waste collectors, and []

Et slikt regnskapsmessig skille vil være et nyttig verktøy for å kunne etterprøve hvorvidt det faktisk skjer en ulovlig krysssubsidiering. Skillet hindrer imidlertid ikke i seg selv at det skjer urettmessige overføringer til den kommersielle aktiviteten.

Avslutningsvis under dette punktet legger vi til at man i mange tilfeller bør vurdere å ta skrittet fullt ut ved å opprette et selskapsmessig skille mellom den skjermede og konkurranseutsatte delen av virksomheten.

Det kan være verdt å nevne at man i Finland, i forbindelse med den pågående revisjonen av kommuneloven, har foreslått en generell plikt til å opprette eget selskap når en kommunal enhet driver blandet virksomhet, såkalt "bolagifisering".¹¹⁹

6.3.5.3 Manglende betaling for fellestjenester

Et stadig tilbakevendende problem er at den kommersielle delen av den offentlige virksomheten får tilgang til tjenester og materiell uten å betale for det. Dette medfører sparte kostnader sammenlignet med hva konkurrentene/aktører som opererer under ordinære markedsvilkår har mulighet til. Det kan for eksempel være tale om gunstig eller vederlagsfri tilgang på sekretærtjenester, regnskapsførertjenester, kontorplass, kontormaskiner, kontorplasser og andre produksjonsmidler. Igjen er ESAs sak om Analysecenteret i Trondheim illustrerende:

(29) On the basis of the information at hand it seems that the Municipality of Trondheim provides a number of collective services (e.g. accounting, auditing, IT-services, archive services, etc.) to the Analysis Centre for free or at least at a price below the market price. Under normal market circumstances the Analysis Centre would have had to pay an appropriate price to the municipality

119

<http://217.71.145.20/TRIPviewer/show.asp?tunniste=RP+32/2013&base=errp&palvelin=www.edusku.nta.fi&f=WORD&kieli=ru>

as the provider of these services. On the basis of the above the Authority concludes that the provision of these services constitutes an advantage.

[]

• The Municipality should ensure the part of the Analysis Centre that performs economic activities pays an appropriate portion of what would constitute the market price for the collective services referred to above;

ESAs pressemelding fra saken om avfallshåndtering forutsetter det samme:

Norske myndigheter bør sørge for at det ikke forekommer noen krysssubsidiering mellom renovasjonsselskapenes innsamling av husholdningsavfall i egen kommune og deres økonomiske aktiviteter. Spesielt bør de sørge for at en rimelig andel av de faste fellesutgiftene føres på den økonomiske aktiviteten.

Det samme fremkommer i ESAs avgjørelse om støtte til Kippermoen treningscenter:

(79) The Authority considers that the Norwegian authorities should take certain appropriate measures to ensure that the financing of the fitness centre at KLC does not entail state aid. The Authority proposes the following appropriate measures:

- First, the Norwegian authorities should ensure that there is a proper, consistent and transparent separation of accounts, where the operation of the fitness centre is separated from the other operations at KLC. The fitness centre should therefore cover all costs related to its operations, including an appropriate contribution to fixed costs.

Den delen av virksomheten som utøver økonomisk aktivitet skal med andre ord operere under normale markedsforhold, herunder skal den dekke kostnader knyttet til egne aktiviteter samt sin andel av felleskostnadene.

6.4 Oversikt over særlige statsstøtterettslige problemstillinger der den økonomiske virksomheten utøves av kommunalt eide selskaper som er egne rettssubjekter

6.4.1 Innledning

I dette avsnittet vil vi behandle et par relevante særproblemstillinger i tilfeller hvor det offentlige eier selskaper organisert som selvstendige rettssubjekter. Vi vil særlig ha ansvarsformen i lov om interkommunale selskaper for øyet. Denne vil bli utførlig drøftet, fordi reguleringen reiser en generell og svært relevant problemstilling i lys av statsstøtteregele.

Innledningsvis nevner vi at de generelle statsstøtteproblemstillingene behandlet like ovenfor også ofte oppstår i tilfeller hvor den offentlig eide økonomiske aktiviteten er skilt ut i eget selskap.

6.4.2 Den implisitte garantien for IKS-er – IKS-lovens garantiordning

6.4.2.1 Selskapsformen

Lov om interkommunale selskaper (IKS-loven)¹²⁰ gjelder kun for foretak som eies av kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper. Verken andre offentlige rettssubjekter, for eksempel staten, eller private, kan være deltaker i et IKS. Et IKS er et selvstendig rettssubjekt med avtalekompetanse, partsstilling og egne rettigheter og plikter overfor domstoler og andre myndigheter. Med dette er det ment å si at et IKS rettslig og økonomisk i utgangspunktet er utskilt fra eierne. Dette er en viktig forskjell fra tradisjonelle forvaltningsbedrifter, som rettslig sett er en del av det offentlige som juridisk person.

IKS-modellen har i noen grad aksjeloven som forbilde. På tross av likhetene mellom IKS-loven og aksjeloven er det også viktige forskjeller. I denne sammenhengen er den reelle ansvarsformen mest påfallende. I henhold til aksjeloven §§ 1-1(2) og 1-2, har ikke noen av deltakerne personlig ansvar for selskapets forpliktelser. Dersom man har en fordring på et aksjeselskap man ikke får oppfyllelse for, kan man ikke gjøre personlig ansvar gjeldende overfor selskapets deltakere, med mindre man har særskilt hjemmel for dette (eksempelvis i henhold til reglene om ansvarsgjennombrudd). Alternativene er å ta utlegg eller å begjære selskapet slått konkurs.

Hva gjelder ansvarsformen for IKS-er, er følgende bestemmelser sentrale:

§ 3. Deltakeransvar

Den enkelte deltaker hefter ubegrenset for en prosent- eller brøkdel av selskapets forpliktelser. Til sammen skal delene utgjøre selskapets samlede forpliktelser. Den enkelte deltakers ansvar for selskapsforpliktelser svarer til deltakerens eierandel i selskapet med mindre annet fremgår av selskapsavtalen.

En selskapskreditor må først gjøre sitt krav gjeldende mot selskapet. Dersom kreditor ikke oppnår dekning av selskapet innen 14 dager regnet fra påkrav, kan kreditor kreve den enkelte deltakeren direkte for deltakerens andel av forpliktelsen.

En deltaker som helt eller delvis har dekket en fordring på selskapet, kan straks søke tilbake sitt utlegg av selskapet.

§ 23. Utlegg, arrest, konkurs m.v.

Selskapets eiendeler kan ikke være gjenstand for utlegg eller arrest. Konkurs og gjeldsforhandling etter lov av 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs kan ikke åpnes i selskapet.

§ 36. Deltakernes ansvar etter avvikling

¹²⁰ Lov av 29. januar 1999 nr. 6.

Dersom det er avsatt midler til dekning av selskapets forpliktelser, jf. § 34 femte ledd, skal kreditor først søke dekning av disse midler. Overfor kreditor som ikke har fått dekning, har deltakerne samme ansvar som tidligere. Bestemmelsen i § 3 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.

Selv om et IKS kan oppløses, kan det altså ikke gå konkurs i henhold til de alminnelige konkursrettslige reglene. Den legislative begrunnelsen for dette er at det offentlige gjerne vil ha et samfunnsmessig ansvar for at denne typen virksomheter drives videre. Fordringshavere kan med andre ord ikke få dekning ved å påberope seg den alminnelige konkurslovgivningen. Denne regelen må imidlertid ses i sammenheng med oppløsnings- og avviklingsbestemmelsene. Ved avvikling skal avviklingsstyret sørge for at alle fordringshavere får dekning for sine krav. Hvis det ikke er midler nok i selskapet til å dekke fordringshavernes krav, kan kravene gjøres gjeldende overfor deltakerne – altså eierne av selskapet, jf. § 36, jf. § 3. Hva gjelder ansvarsformen, ligger IKS-modellen nærmere ansvarlige selskaper med ubegrenset ansvar enn aksjeselskaper med begrenset ansvar.

6.4.2.2 Problemstilling

Med IKS-lovens garantiordning menes i det følgende de ordninger som er omtalt like ovenfor. Bestemmelsene innebærer reelt sett at deltakerne (det offentlige) er forpliktet til å dekke alle forpliktelsene som påhviler et IKS ved betalingsmislighold og ved en eventuell fremtidig oppløsning av foretaket.

I dette avsnittet skal vi drøfte hvorvidt garantiordningen innebærer støtte til IKS-er i EØS-rettslig forstand. Vurderingstemaet er altså ikke om en eventuell innfrielse av garantien fra deltakernes side vil innebære støtte, men om det forhold at det faktisk foreligger en garanti for IKS-enes forpliktelser må anses å innebære støtte. Medfører den bestående garantien i seg selv en støtte til fordel for selskapene til tross for at disse ikke er beheftet med overhengende finansielle problemer slik at oppløsning er uaktuelt?

6.4.2.3 Garantier og statsstøtte

Formålet bak garantiordningen er ikke primært å gi IKS-ene et konkurransefortrinn på bekostning av andre selskaper disse foretakene konkurrerer med. Det er sikker rett at det er virkningen av en ordning, og ikke formålet bak denne, som er avgjørende for om et tiltak inneholder elementer av støtte eller ikke. Her er EU-domstolens avgjørelse i *Kimberly Clark* illustrerende:

*I fast retspraksis antages det, at artikkel 92, stk. 1, ikke sondrer under hensyn til grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger (dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 27). Den omstændighed, at FNE's interventioner har et socialt formål, kan derfor ikke uden videre medføre, at de falder uden for begrebet statsstøtte i traktatens artikkel 92.*¹²¹

¹²¹ Sak 241/94, Sml 1996 side I-4551, premiss 20 og 21. Se i denne sammenheng også sak 56/93, Sml 1996 side I-0723, Belgia mot Kommissjonen. Her sies det at "Dernest bemærkes, at ifølge fast praksis sondres der ikke i traktatens artikkel 92 [87] efter grundene til eller hensigten med de pågældende interventioner, men bestemmelsen definerer dem alene efter deres virkninger".

Det er uomtvistet at garantier kan være støtte. Dette er blant annet lagt til grunn i ESAs retningslinjer om støtte i form av garantier:

“In order to avoid any doubts, the notion of state resources should thus be clarified as regards state guarantees. The benefit of a state guarantee is that the risk associated with the guarantee is carried by the State. Such risk-carrying by the State should normally be remunerated by an appropriate premium. Where the State forgoes all or part of such a premium, there is both a benefit for the undertaking and a drain on the resources of the State. Thus, even if it turns out that no payments are ever made by the State under a guarantee, there may nevertheless be state aid under Article 61(1) of the EEA Agreement.

The aid is granted at the moment when the guarantee is given, not when the guarantee is invoked nor when payments are made under the terms of the guarantee. Whether or not a guarantee constitutes state aid, and, if so, what the amount of that state aid may be, must be assessed at the moment when the guarantee is given.

6.4.2.4 Innebærer ordningen en fordel/støtte for IKS-er?

I det følgende skal vi vurdere om garantiordningen medfører et reelt konkurransemessig fortrinn for IKS-er.

Det er flere steder antatt at en slik type garanti i seg selv vil innebære en fordel for det foretaket garantien stilles overfor, blant annet i forarbeidene til statsforetaksloven, som tidligere hadde en ganske lik garantiordning. I NOU 1991: 8 (side 58) uttales det blant annet at statens ansvar:

.... vil avskjære usikkerhet for kreditorer og andre interesser som knytter seg til foretaket. Disse vil kontrahere med foretaket uten å være i tvil om statens ansvar”. I Innst. O. nr. 67 (1990 – 91) side 12, sies det at ”Alle typer bedrifter/selskap som driver i konkurranseutsatte tjenester vil få en spesielt fordelaktig rammebetingelse som vil bidra til ulik konkurranse.” Videre heter det at høringsuttalelsene stiller spørsmålsteget ved om ”konkursgarantien vil medføre at finansieringsinstitusjoner som skal yte lån til statsforetak ikke vil ha en oppfordring til å vurdere statsforetakets kredittverdighet.” Intet sted i forarbeidene er det bestridt at ordningen vil innebære en konkurransemessig fordel for de foretak som organiseres etter loven.

Når en potensiell kreditor – oftest en finansinstitusjon – skal vurdere om, og i tilfelle på hvilke vilkår det skal gis lån, vil risikoen for tap være det sentrale vurderingstemaet. Dersom det vil innebære en stor risiko å yte lån til det aktuelle foretaket, vil det være mindre sjanse for at finansinstitusjoner i det hele tatt vil yte selskapet det påtenkte lånet. Skulle foretaket, til tross for denne risikoeksponeringen likevel få lån, må det påregnes at den høye risikoen vil gjenspeile seg i lånevilkårene, herunder særlig rentebetingelsene.

Som følge av at IKS-er ikke kan gå konkurs, kombinert med at eierkommunene er ansvarlig for foretakets forpliktelser ved en eventuell oppløsning, er det reelt sett minimalt med risiko forbundet med å yte kreditt til et IKS. Dette medfører at det blir

enklere for foretakene i det hele tatt å få lån. I tillegg vil foretakene oppnå gunstigere kredittvilkår enn hva som ville ha vært tilfelle uten garantien. Herunder legger vi til grunn at garantiordningen medfører at foretakene vil få en uvanlig god rating av ratingbyråene. I og med at långivere verden over legger vekt på denne typen kredittrating ved vurderingen av hvorvidt lån skal ytes og i tilfelle på hvilke vilkår, kan det ikke være særlig tvilsomt at garantiordningen medfører en fordel.

6.4.2.5 Er fordelene vederlagsfri? – forholdet til markedsinvestorprinsippet

Isolert sett innebærer garantiordningen altså en fordel for IKS-ene som er organisert i henhold til loven. For at garantien skal være statsstøtte, må fordelene være vederlagsfri i den forstand at deltakerne ikke mottar en gjenytelse hvoretter verdien korresponderer med verdien av garantien. Igjen gir markedsinvestorprinsippet veiledning (se punkt 6.2).

Spørsmålet er om en privat investor kan tenkes å ville stille en garanti av det omfang som her er aktuelt og på de foreliggende vilkår. Det er naturligvis ikke tilstrekkelig å fastslå at en privat investor kan tenkes å ville stille en eller annen form for garanti. For det første ligger det ingen begrensninger i hvilke selskapsforpliktelser deltakerne er ansvarlige for i henhold til IKS-loven. Begrensningene følger av formuerettens alminnelige regler, som for eksempel foreldelsesreglene og avtalelovens ugyldighetsregler. Således er det offentlige fullt ut ansvarlig for 100 prosent av selskapsforpliktelsene. Allerede garantiens omfang taler således imot at en privat investor ville ha stilt garanti i en tilsvarende situasjon, især på de vilkår det her er snakk om.

Det kan innvendes at det faktisk finnes private investorer som organiserer sine foretak som ansvarlige selskaper. I et slikt selskap vil minst en av deltakerne ha et ubegrenset, personlig ansvar for virksomhetens samlede forpliktelser, jf. selskapsloven. Da kan det hevdes at også det offentlige som investor må kunne være ubegrenset ansvarlig for sine foretak ved en eventuell oppløsning eller konkurs. Dette er imidlertid en forhastet konklusjon. For det første vil det reelt sett innebære en langt bedre sikkerhet å være kreditor til en fordring som det offentlige garanterer for enn overfor en fordring som en privat investor er personlig ansvarlig for. For det andre er det klart at en garanti til et offentlig foretak kan innebære støtte etter EØS-avtalen. Dersom en garanti av et slikt omfang som det her er snakk om ikke skulle være omfattet av støttebegrepet, er det vanskelig å tenke seg når en garanti kan anses å innebære statsstøtte. I denne sammenheng skal det nevnes at det er sjelden at private selskaper av noen særlig størrelse organiseres som ansvarlig selskap. En rekke IKS-er er kapitalintensive selskaper, som private investorer normalt ville ha organisert med begrenset ansvar. Dette gjøres i stor grad nettopp for å unngå det ansvaret som følger av å organisere selskapet som et ansvarlig selskap. Disse argumentene taler mot at en privat investor ville ha utsatt seg for en slik risikoeksponering som eierkommunene her gjør som følge av garantiordningen.

Det skal også knyttes noen kommentarer til vilkårene bak garantien. Som sagt er det slik at garantien vil innebære støtte så sant den er gitt på vilkår som ikke ville ha vært godtatt av en privat investor. Deltakernes ansvar følger av loven selv, uten noen form for mulighet til konkret å vurdere hvorvidt deltakerne vil la garantien gjelde for de enkelte forpliktelser som oppstår i fremtiden. Riktignok har deltakerne en mulighet til å ha en viss kontroll med selskapsforpliktelsene, men enhver forpliktelse selskapene

påtar seg, vil være sikret gjennom garantien – uten mulighet for noen form for ansvarsbegrensning fra deltakernes side. Disse har altså ikke anledning til å differensiere sitt ansvar etter risikoen ved de enkelte forpliktelser IKS-ene påtar seg. Denne formen for generalgaranti er det lite sannsynlig at en privat investor ville ha stilt. En privat investor vil, som den store hovedregel, ikke stille en ubetinget garanti for enhver forpliktelse et foretak påtar seg i fremtiden.

Uansett følger det av ESAs garantiretningslinjer punkt 3 at en rekke vilkår må være oppfylt for at garantier gitt av det offentlige skal anses tildelt i tråd med markedsinvestorprinsippet. Herunder er det et sentralt vilkår at det må betales en markedsmessig garantipremie for garantien for at det ikke skal være tale om støtte. IKS-er betaler ingen garantipremie til deltakerne for å bli organisert som IKS med ubegrenset ansvar. Etter vår oppfatning er det derfor klart at det er tale om tildeling av statsstøtte til IKS-ene, herunder at markedsinvestorprinsippet ikke er oppfylt.

I 2002 traff ESA vedtak i en lignende sak, nemlig en sak hvor den tidligere ansvarsformen i statsforetaksloven var til behandling. Et statsforetak kunne ikke gå konkurs i henhold til de alminnelige konkursrettslige regler. Hvis et slikt foretak ble avvirket, skulle avviklingsstyret sørge for at alle fordringshavere fikk dekning for sine krav. Dersom det ikke var nok til å dekke alle foretakets forpliktelser, skulle staten skyte inn midler i foretaket. I motsetning til hva som er tilfelle under IKS-loven, hadde ikke fordringshaverne noe direkte krav mot staten. De måtte kreve oppfyllelse av sin medkontrahent, som var statsforetaket. I realiteten innebar ordningen uansett at staten garanterte for statsforetakenes forpliktelser. Dersom et statsforetak ble oppløst, svarte staten direkte overfor de kreditorer som ikke hadde fått dekning for sine krav. I og med at ESAs pressemelding er illustrerende, refererer vi fra denne:

According to the relevant provision of the Act on State Enterprises, the Norwegian State is under an obligation to cover losses incurred by State enterprises if the obligations cannot be covered by the enterprises' own funds. This form of guarantee improves the creditworthiness of the State enterprises and results in more favourable funding terms than they would have obtained otherwise. Without a proper guarantee premium, such guarantees also imply State aid to undertakings organised under this Act.

In June 2001, the Authority's services informed the Norwegian authorities that the unlimited guarantee provided for under the Act on State Enterprises was found not to be in line with the conditions laid down in the Authority's guidelines on aid in relation to State guarantees ("Guidelines on State guarantees").

As from July 2002, the Norwegian authorities requested that several State enterprises pay a guarantee premium. In October 2002, the Norwegian Government presented proposals for amendments to the Act on State Enterprises, consisting of the abolishment of the unlimited State guarantee as from 1 January 2003 as well as transitional arrangements for all the State enterprises' existing obligations.

The introduction of a guarantee premium has reduced the amount of aid element. But the Authority has noted that the level of premiums was not established in accordance with the principles of the Guidelines on State guarantees.

As regards the transitional arrangements proposed by the Norwegian Government with respect to the State enterprises' existing obligations, the Authority observed that due to the lack of a proper justification, the proposed transitional arrangements could not be regarded as compatible with the EEA State aid rules.

Against this background, the Authority considered it necessary to propose to the Norwegian Government appropriate measures consisting of the abolishment of any incompatible aid contained in the Act on State Enterprises with effect from 1 January 2003.

This implies that, as from that date, undertakings organised under the Act on State Enterprises should no longer benefit from State guarantees which do not comply with the conditions established in the Guidelines on State guarantees.

Statsforetakslovens ansvarsform ble deretter endret, med innføring av begrenset ansvar og opphevelse av konkursforbudet. Med dette antas lovens ordning å være i samsvar med statsstøttereglene.

6.4.2.6 *Sammenfatning*

Etter vår oppfatning inneholder IKS-loven §§ 3, 23 og 36 reelt sett en generalgaranti som innebærer at det offentlige (selskapsdeltakerne) er ansvarlig for samtlige økonomiske forpliktelser som påhviler selskapene. IKS-ene betaler ingen markeds-messig garantipremie til deltakerne. Det er derfor vanskelig å se at det ikke skulle være tale om støtte gitt av offentlige midler (se vilkår nr. 1 og 2 i punkt 4.2).

Etter vår oppfatning vil det derfor i seg selv være problematisk å organisere foretak som opptrer i kommersielle markeder med et visst internasjonalt tilsnitt (se vilkår 4, 5 og 6 i punkt 4.2) i henhold til loven.¹²²

6.4.3 Tilfeller hvor det offentlige saminvesterer med private

Som nevnt under behandlingen av markedsinvestorprinsippet, har man et relativt stort offentlig eierskap i norsk næringsliv. Når kommuner og fylkeskommuner investerer i konkurranseutsatt virksomhet, må man forholde seg til markedsinvestorprinsippet. Målet skal altså være å oppnå markedsmessig avkastning på investeringen.

Hvis en kommunen skyter inn midler i et aksjeselskap på dårligere vilkår enn private saminvestorer, vil dette ofte være et statsstøtterettslig problem. Motsatt vil det være en presumsjon for at investeringen er uproblematisk dersom de offentlige og private investorene går inn på nøyaktig samme vilkår, herunder at de private investorene ikke er gitt en preferert stilling gjennom aksjonæravtalen eller lignende.

¹²² Hvis organisasjonsformen for eksempel hadde vært reservert for bedrifter som ikke oppfyller samhandelsvilkåret, og denne forutsetningen ble fulgt i praksis, ville det ikke ha foreligget noe statsstøtteproblem.

6.5 Særlige statsstøtterettslige problemstillinger hvor den økonomiske aktiviteten skjer som del av kommunen (inkludert kommunale foretak)

6.5.1 Innledning

I dette avsnittet vil vi behandle noen relevante problemstillinger i tilfeller hvor det offentlige eier og driver økonomiske aktiviteter i kommunen som rettssubjekt. I denne kategorien faller også (men ikke bare) kommunale foretak.

Innledningsvis minner vi om at de generelle statsstøtteproblemstillingene behandlet i punkt 6.3 svært ofte også oppstår i tilfeller hvor den økonomiske aktiviteten skjer internt i kommunen.

6.5.2 Den implisitte kommunale garantien for egen virksomhet

Ovenfor har vi konkludert med at generalgarantien i IKS-loven, som det ikke betales noen markedsmessig premie for, vanskelig lar seg forene med statsstøtteregele i tilfeller hvor IKS-et det er garantert for tilbyr varer og tjenester i et marked av ikke utelukkende lokal/nasjonal karakter.

Når en enhet i kommunen begir seg inn på et (konkurrans)marked ved å tilby varer eller tjenester, nyter denne godt av en lignende garanti som IKS-er. En medkontrahent eller kredittlyter vet at man nærmest er helt sikker på å få dekket sine krav mot den offentlige avtaleparten. Kommunen som rettssubjekt hefter jo for forpliktelser pådratt av den aktuelle vare- eller tjenesteproduserende enheten.

Også dette er reelt sett en generalgaranti som det ikke betales noen markedsmessig garantipremie for. En slik garanti innebærer en økonomisk fordel som må anes som støtte i EØS-rettslig forstand. Forutsatt at samhandels- og konkurransevriddningsvilkåret er oppfylt, vil det på tilsvarende måte som for IKS-er, etter vår oppfatning, være problematisk å organisere en økonomisk enhet som driver kommersiell virksomhet som en del av kommunen som rettssubjekt.

Siden de fleste av betraktningene i punkt 6.4.2 om garantiordningen i IKS-loven gjør seg også gjeldende i tilfellene hvor kommunen utøver økonomisk virksomhet som del av kommunen, nøyer vi oss her med å vise til behandlingen av IKS-lovens garantiordning.

6.5.3 Skattefritaket i § 2-30 i skatteloven for kommuner og kommunale foretak

I utgangspunktet er selskaper og institusjoner mv. som driver økonomisk virksomhet skattepliktige for sin inntekt og formue, jf. lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 2-2 sammenholdt med § 5-1. For tiden betaler selskaper 28 prosent skatt av skattepliktig overskudd. Fra dette utgangspunktet oppstiller skatteloven § 2-30(1) bokstav c et viktig unntak:

§ 2-30. Fritak for skatteplikt for visse personer og institusjoner

(1) Fritatt for skatteplikt er

[]

c. fylkeskommuner og kommuner, med de unntak som følger av § 2-5

Som tidligere nevnt, vil fritak fra skatter og avgifter som man etter hovedregelen skal betale, utgjøre støtte.¹²³ Slike fritak fra økonomiske byrder vil klart nok utgjøre en fordel ved at den som nyter godt av et skattefritak ofte vil være i stand til å beholde eller kapre nye markedsandeler ved å tilby sine varer og tjenester billigere enn konkurrenter som må betale skatt.

Etter vår vurdering er det lite tvilsomt at unntaket i skatteloven står i et problematisk forhold til statsstøttereglene ved at unntaket kommer til anvendelse også for enheter i kommunene som produserer varer og tjenester i et marked.

I saken om Analysesenteret i Trondheim har ESA kommet til at den delen av analysesenteret som utøver økonomisk aktivitet ikke kan nyte godt av et slikt unntak:

(30) The Analysis Centre does not pay any income taxes. An exemption or a partial exemption from taxes or charges constitutes an advantage, if it mitigates the charges normally included in the budget of the undertaking. This is the case if the exemption favours this undertaking in comparison with others which are in a legal and factual situation which is comparable in the light of the objective pursued by the tax or charge in question. It has been established above that the Analysis Centre carries out economic activities. However, while other undertakings have to include in their budget regular income taxes, the Analysis Centre is not subject to these taxes under the Norwegian Tax Code, because it operates as an integrated part of the Municipality of Trondheim and not as an undertaking under Norwegian Tax Law. This constitutes a de facto tax exemption of the economic activities of the Analysis Centre and favours it compared to other undertakings in Norway. On the basis of the above the Authority concludes that the de facto tax exemption constitutes an advantage.

[]

(53) The Authority considers that the following measures would qualify as appropriate means to abolish the effects of the above mentioned state aid:

[]

• Finally, the rules of business taxation should be modified to include the taxation of the economic activities of the Analysis Centre.

Tilsvarende betraktninger følger i avfallssaken:

(35) Furthermore, municipal waste collectors that form part of the legal body of the municipality are exempted from paying income tax. In so far as such municipal waste collectors engage in economic activity, they accordingly benefit from an economic advantage that their privately held competitors and those waste collectors that are organised as legal bodies separate from the municipality do not benefit from.

EU-kommisjonen har nylig behandlet en sak om lignende skattefritak for offentlige foretak i Nederland. Idet Kommisjonen vurderer unntakene for offentlige selskaper på

¹²³ Dette gjelder med mindre unntaket kan begrunnes i skattesystemets logikk, hvilket skal mye til (se eksempelvis Alterskjær, Hjelmeng, Lund og Nordby i *Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, side 43 flg.

relativt generelt nivå, antar vi at saken er særlig interessant for Norges vedkommende. Hovedregelen i Nederland er at selskaper betaler 25 prosent inntektsskatt – likevel slik at selskaper med lavere årsinntekt enn 200 000 euro kun betaler 20 prosent skatt. Offentlig eide selskaper er imidlertid bare unntaksvis omfattet av denne skatteplikten, hvilket EU-kommisjonen konkluderer med at er i strid med statsstøttereglene¹²⁴:

(35) Both directly and indirectly state owned public undertaking only are subject to the Dutch corporate income tax, if the criteria of both 2(1)(g) in combination with Article 2(3) Wet Vpb are fulfilled. In other words, both direct and indirect public enterprises are in principle only liable to pay corporate tax when they carry out the activities exhaustively listed in Article 2(3) Wet Vpb.

[]

(70) Therefore, the Commission concludes that the difference in the treatment of publicly and privately owned enterprises pursuing an economic activity, pursuant to Article 2(g) in combination with Article 2(3) and Article 2(7) Wet Vpb, gives publicly owned enterprises a selective advantage that cannot be justified by the nature and logic of the Dutch corporate tax system. Furthermore, such more favourable treatment is capable of distorting the competition and intra-community trade. Therefore, the tax exemption granted to public enterprises constitutes State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.

(85) In light of the above, the Commission considers that the Netherlands should take appropriate measures to abolish the existing tax exemption for public enterprises, ensuring that for public enterprises that are involved in economic activities – within the meaning of EU Law – the same corporate tax regime applies as for private undertakings. Abolishing the current exemption to corporate tax of both direct and indirect enterprises would most adequately address this issue. Abolishing the exemption for indirect public enterprises only would not suffice to address the identified competition concerns, unless it could be safeguarded by the Dutch authorities that all economic activities – within the meaning of EU Law – of public enterprises would be incorporated into regular companies that would be subject to corporate tax.

Ut fra våre vurderinger er Kommisjonens synspunkter korrekte. Vi har derfor vanskelig for å se at man i Norge kan fortsette å la kommunale enheter som produserer varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider i et marked kan nyte godt av skatteunntaket i skatteloven § 2-30 (1) bokstav c.

Kommunene bør derfor sørge for en organisering som gjør at den økonomiske virksomheten skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet i markedet. I dag vil det si at økonomisk virksomhet bør skilles ut i et eget selskap som er underlagt skatteplikt. En eventuell fremtidig endring i skatteloven som medfører at økonomisk aktivitet vil bli skattlagt selv når denne utøves av kommunen som sådan, vil rydde dette statsstøtteproblemet av veien.

¹²⁴ Sak SA.25338 – The Netherlands Corporate Tax Exemption of Dutch Public Enterprises.

Det kan anføres gode argumenter for at skattefordelen er å betrakte som *eksisterende støtte*. Dette vil i tilfelle innebære at det ikke er fare for at ESA vil pålegge at støtten skal tilbakebetales. Det kan derfor tenkes at mange kommuner inntil videre ikke vil ønske å skille ut all økonomisk virksomhet i egne selskaper. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at det kan være ressurskrevende og kostbart å måtte foreta omorganiseringer som følge av mulige krav om formålstjenlige tiltak fra ESAs side.

7 ØKONOMISK VIRKSOMHET SOM UTØVES AV KOMMUNEN SOM RETTSSUBJEKT – RELEVANTE UNNTAK FRA STØTTEFORBUDET

7.1 Innledning

Vi er bedt om å vurdere hvorvidt ett eller flere av unntakene fra statsstøtteforbudet «kan komme til anvendelse på økonomisk aktivitet som utføres som del av kommunene».

Som den klare hovedregel skiller ikke unntakshjemplene mellom hva slags type foretak støttemottakeren er, herunder om foretaket er offentlig eller privat eid. Såfremt vilkårene i en unntaksbestemmelse er oppfylt, kan denne også begrunne støtte-tildelinger til kommunale foretak.¹²⁵

Det lar seg ikke gjøre å vise til et bestemt unntak som for eksempel kan anvendes for å bøte på de krysssubsidierings- eller garantiproblemene som ofte oppstår når kommuner driver økonomisk virksomhet. Det enkle svaret er altså at det ikke finnes noe unntak fra statsstøtteforbudet som fjerner de statsstøtteproblemene vi har pekt på tidligere i utredningen. Vi nevner likevel at en rekke av de aktuelle foretakene utøver såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning. Statsstøttereglene gir en relativt vid adgang for det offentlige til å kompensere for utøvelse av slike aktiviteter.

Siden også kommunalt eide foretak kan nyte godt av unntakshjemplene, vil vi nedenfor forsøke å synliggjøre det relativt vide handlingsrommet som følger av unntakene. I retningslinjer og gruppeunntak er det gitt en omfattende katalog av formål som kan støttes. Det vil føre for langt å behandle disse utførlig i nærværende rapport. En slik redegjørelse er heller ikke forutsatt av oppdragsgiver. Vi har derfor gjort et skjønnsmessig utvalg av hjemler basert på hvilke unntak vi antar at departementet, fylkeskommuner og kommuner har behov for å kjenne til.

Avslutningsvis i kapitlet vil vi kort beskrive reglene om bagatellmessig støtte – altså støtte som på grunn av sin størrelse ikke anses for å true med å vri konkurransen og/eller ikke er egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området. Dermed er det ikke tale om støtte som rammes av artikkel 61(1). Bagatellreglene er således ikke unntak fra statsstøtteforbudet i sin rette forstand.

7.2 EØS-avtalen artikkel 59(2) om tjenester av allmenn økonomisk betydning

7.2.1 Innledning – tjenestene og problemstillinger

Det offentlige pålegger ofte egne og andres foretak å utføre og tilby tjenester av en annen art, kvalitet eller omfang enn det markedet ville ha tilbudt uten offentlig intervensjon. Man snakker gjerne om såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning. Det kan for eksempel være tale om å levere post til alle deler av landet med en gitt frekvens, kollektivtransporttjenester, sykehustjenester, barnehagetjenester og tilbud av husrom til studenter og vanskeligstilte. Av norske saker ESA har hatt til behandling kan nevnes kompensasjon til Hurtigruten, Husbanken, kompensasjon for

¹²⁵ Med kommunale foretak i dette punkt 7 mener vi enhver økonomisk aktivitet som utøves som del av kommunene som rettssubjekt, og ikke nødvendigvis virksomhet som er organisert som et Kommunalt Foretak (KF).

busstransport i Aust-Agder fylke og kompensasjon til NRK for allmennkringkasteroppdrag.¹²⁶

Begrepet tjenester av allmenn økonomisk betydning stammer fra EU artikkel 106(2), og parallellbestemmelsen finnes i EØS artikkel 59(2).

Det finnes etter hvert en relativt omfattende praksis omkring tolkningen av EØS artikkel 59(2) og EU artikkel 106(2). Det er likevel ikke alltid klart hva som utgjør en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og det finnes ingen presis definisjon av begrepet, verken i EØS-rettslig lovgivning eller i rettspraksis. En av grunnene til at en ikke har oppstilt en legaldefinisjon, er at det i utgangspunktet er opp til EØS-statene selv å definere hva en slik tjeneste er. ESA og EFTA-domstolen vil bare gripe inn dersom EFTA-statene foretar åpenbare feiltolkninger eller misbruker begrepet. Norge vil derfor ha en betydelig skjønnsfrihet med hensyn til å definere hvilke tjenester som skal anses for å være av allmenn økonomisk betydning. Generaladvokaten ved EU-domstolen har uttrykt handlingsrommet slik:

*I virkeligheden tilkommer det medlemsstaterne at fastlægge indholdet af deres tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og i denne forbindelse har de et betydeligt spillerum, idet Domstolen og Kommissionen alene iværksætter sanktioner over for åbenbart urigtige skøn.*¹²⁷

Det som er klart, er at en tjeneste av allmenn økonomisk betydning må skille seg ut fra vanlige næringsaktiviteter.¹²⁸

Synet på hva som kan anses som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning vil kunne endres over tid ettersom samfunnet og markedene utvikler seg. Enkelte tjenester som i dag løses av markedet ville tidligere kunne karakteriseres som tjenester av allmenn økonomisk betydning. EØS-statenes skjønn vil også kunne begrenses dersom det blir vedtatt sekundærlovgivning (forordninger eller direktiver) på det aktuelle området som fastlegger nærmere regler for sektoren.

I og med at EØS-statene har et relativt fritt skjønn ved defineringen av hva som skal anses som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og at ESA og EFTA-domstolen bare vil overprøve åpenbare feiltolkninger, vil vilkåret ofte være oppfylt der tjenesten ikke kan leveres av markedet og det ikke er vedtatt sekundærlovgivning på området som begrenser skjønnnet.

¹²⁶ Se følgende pressemeldinger fra ESA som eksempler: Hurtigruten: <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-in-the-eea/articles/nr/1668>; Husbanken: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/other/nr/654>; busstransport i Aust-Agder: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/state-aid/nr/1848>; NRK: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/state-aid/nr/1171>;

¹²⁷ Generaladvokat Léger i sak C-438/02, *Åklagaren v Krister Hanner*, Sml. 2005 s. I-4551, premiss 139. Se også en lignende uttalelse fra generaladvokat Léger i sak C-309/99, *Wouters*, Sml. 2002 s. I-1157, premiss 162: "I denne forbindelse har de et betydeligt spillerum, idet Domstolen alene iværksætter sanktioner over for eventuelt misbrug, såfremt medlemsstaterne skader Fællesskabets interesser."

¹²⁸ Generaladvokat Léger i sak C-438/02, *Åklagaren v Krister Hanner*, Sml. 2005 s. I-4551, premiss 139, som viser til sak C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Sml. 1991 s. I-5889, premiss 27, sak C-242/95, *GT-Link*, Sml. 1997 s. I-4449, premiss 53 og sak C-266/96, *Corsica Ferries France*, Sml. 1998 s. I-3949, premiss 45.

En rekke av de økonomiske aktivitetene kommunale foretak utøver vil trolig falle innunder begrepet tjenester av allmenn økonomisk interesse. Eksempelvis vil avfallshåndtering, under gitte omstendigheter, kunne være en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Forutsatt at man følger nærmere fastsatte fremgangsmåter og at det ikke skjer noen form for overkompensasjon, vil det ikke være i strid med statsstøttereglene dersom det offentlige betaler bedrifter for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning.

I det følgende vil vi gi en oversikt over de generelle reglene for kompensasjon for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning. På dette området gjelder det også tilgrensende sektorregler som ikke vil bli berørt nærmere i nærværende rapport. Dette gjelder kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning i retningslinjene for maritim transport, retningslinjene for bredbåndsutbygging og retningslinjene for støtte til utførelse av allmennkringkasteroppdrag.

7.2.2 Kompensasjon som ikke anses som statsstøtte – etterlevelse av Altmarkdommen

7.2.2.1 Innledning

I noen tilfeller pålegges utførelsen av tjenester av allmenn økonomisk betydning på en slik måte at det ikke er tale om tildeling av støtte. Da kan prosjektet iverksettes uten hinder av statsstøttereglene. Vilklårene for dette følger av den såkalte Altmarkdommen avsagt av EU-domstolen 24. juli 2003. Saken gjaldt betaling for rutebiltransport. Domstolen oppstilte fire kumulative vilkår for at betalingen fra det offentlige ikke skal anses som støtte. Hvis alle vilklårene er oppfylt, kan tiltaket gjennomføres uten ytterligere hjemmel og uten notifikasjon til ESA.¹²⁹

7.2.2.2 Altmarkvilkår 1

Det første vilkåret som må være oppfylt bestemmer at

[...] for det første må mottakerforetaket være gitt i oppdrag å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, og forpliktelsene være tydelig definert [...].

Dette vilkåret er i stor grad behandlet i innledningen. Som nevnt er det i utgangspunktet opp til EØS-statene selv å definere hva en slik tjeneste er. ESA og EFTA-domstolen vil bare gripe inn dersom det foreligger åpenbare feiltolkninger eller misbruk av begrepet. Hva gjelder kravet om at mottakerforetaket må «være gitt i oppdrag» å utføre en slik tjeneste, er det ikke bare lovpålagte oppgaver man sikter til. Eksempelvis kan slike oppgaver følge av avtale mellom en kommune og den som produserer tjenesten.

¹²⁹ Tilsynelatende kan det se ut som om det vil være relativt greit å oppfylle vilklårene. Vi gjør likevel oppmerksom på at vilklårene har blitt tolket ganske strengt i praksis og at det ikke skal mye til for at man kommer til at det er tale om støtte som må hjemles i et unntak fra statsstøtteforbudet.

7.2.2.3 Altmarkvilkår 2

I vilkår nummer 2 fremgår det at

[...] for det andre må grunnlaget for beregning av kompensasjonen være fastsatt på forhånd på en objektiv og åpen måte, for å unngå at det gis en økonomisk fordel for mottakerforetaket i forhold til konkurrerende foretak. [...] At en medlemsstat betaler kompensasjon for det tap et foretak har pådratt seg, uten at grunnlaget for beregningen er fastsatt på forhånd, og det senere viser seg at driften av visse tjenester i forbindelse med utøvelsen av plikt til å yte offentlig tjeneste ikke var økonomisk bærekraftig, er derfor et økonomisk inngrep som faller innenfor hva som oppfattes som statsstøtte i henhold til traktatens artikkel 87 nr. 1.

Grunnlaget for beregningen av betalingen må altså være objektive og fastsatt på forhånd.

7.2.2.4 Altmarkvilkår 3

Neste vilkår lyder som følger:

[...] for det tredje kan kompensasjonen ikke overstige det som er nødvendig for å dekke alle eller deler av kostnadene i forbindelse med forpliktelsen til å yte offentlig tjeneste, idet det tas hensyn til de aktuelle inntekter og en rimelig fortjeneste for å utføre denne forpliktelsen [...].

Det er helt sentralt at det ikke skal være fare for at den som utfører tjenesten av allmenn økonomisk betydning blir overkompensert fra det offentlige. Kompensasjonen skal dekke kostnadene forbundet med tjenesten med tillegg av en rimelig fortjeneste minus eventuelle inntekter forbundet med utførelse av tjenesten. Kollektivtransporttjenester kan være et godt eksempel.¹³⁰ Her vil tjenesteleverandøren ofte motta billettinntekter. Det offentlige kan kun kompensere for differansen mellom kostnadene ved tjenestene minus billettinntektene med tillegg av en normal fortjeneste.

7.2.2.5 Altmarkvilkår 4

Det siste Altmarkvilkåret bestemmer at

[...] for det fjerde, der foretaket som skal underlegges en forpliktelse til å yte offentlig tjeneste, i et bestemt tilfelle ikke velges på bakgrunn av en offentlig anbudsprosedyre som ville gjøre det mulig å velge den anbyder som er i stand til å yte de aktuelle tjenestene til den laveste kostnad for samfunnet, må kompensasjonen fastsettes på grunnlag av en analyse av de kostnader som et typisk foretak, godt drevet og med tilstrekkelige transportmidler til å kunne oppfylle de aktuelle kravene til å yte offentlig tjeneste, ville pådratt seg ved å yte slike tjenester, under hensyn til de aktuelle inntekter og en rimelig fortjeneste for å utføre forpliktelsene.

Dersom tjenesteyteren er blitt tildelt oppgaven gjennom en ordinær anbudskonkurranse, vil dette vilkåret normalt være oppfylt. Hvis man ikke gjør det, må det foretas en inngående vurdering (benchmarking) for å kunne fastsette hvilket

¹³⁰ Fylkeskommunen har ansvar for lokal og regional kollektivtransport.

kompensasjonsbeløp tjenesteyteren kan motta. I praksis viser det seg at ESA vanligvis er kritiske til kompensasjonsmodeller som man anfører at hindrer overkompensasjon.

7.2.3 Egne regler om bagatellmessig støtte for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning

7.2.3.1 Innledning

Enkelte typer kompensasjon for såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning er ikke underlagt meldeplikt til ESA. Dette gjelder såfremt kompensasjonsbeløpene er under 500 000 euro, altså noe i underkant av 4 000 000 kroner.

Unntaket fra meldeplikten følger av *Kommisjonsforordning (EU) nr. 360/2012 av 25. april 2012 om anvendelse av artikkel 107 og 108 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på bagatellmessig støtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning*. Forordningen er inkorporert i EØS avtalen i EØS-komiteet 7. desember 2012, og videre i norsk forskrift samme dag. Dette medførte en endring i forskrift av 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.

7.2.3.2 Overordnet om vilkårene

For det første må det være tale om utførelse av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, jf. ovenfor.

Samlet bagatellmessige støtte til et foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning skal ikke overstige 500 000 euro i løpet av en periode på tre skatteår.¹³¹

Hvis beløpet overstiger terskelverdien på 500 000 euro, så vil hele beløpet anses for å falle utenfor unntaket i forordningen. Det vil si at hvis kompensasjonsbeløpet er på 500 001 euro, så er det ikke bare 1 euro som ikke omfattes av unntaket. Hele beløpet på 500 001 euro anses da for å være støtte som eventuelt må kunne tildeles i henhold til en annen hjemmel enn forordningen for å være lovlig.

Bagatellmessig støtte etter forordningen skal ikke kumuleres med statsstøtte til de samme støtteberettigede kostnadene dersom slik kumulering fører til at støtteandelen blir høyere enn det som er angitt for hvert enkelt tilfelle i en gruppeunntaksforordning eller annen hjemmel. Bestemmelsen innebærer at dersom støttemottaker får støtte fra flere kilder til samme formål, må en passe på at den samlede støtten ikke overstiger taket i dette regelverket eller i andre unntakshjemler som eventuelt benyttes.¹³²

7.2.3.3 Prosessuelle bestemmelser – fremgangsmåte

Artikkel 3 gir regler om hvordan denne typen bagatellmessig støtte skal gis. Enkelt forklart må støttegiver:

- Skriftlig informere mottaker om hvor mye støtte som gis.
- Angi hvilken tjeneste av allmenn økonomisk betydning som pålegges (og som kompenseres).

¹³¹ Artikkel 2 nr. 3 og 4 regulerer hvordan størrelsen på støtten skal beregnes og når støtten anses for å være tilstrekkelig transparent.

¹³² Det er også gitt noen ytterligere kumuleringsregler i artikkel 2 nr. 7 og 8.

- Informere om at støtten er bagatellstøtte (med henvisning til navn etc. på forordningen).
- Be om en skriftlig erklæring fra mottaker om hvor mye bagatellstøtte en har mottatt de siste tre år.
- Sjekke at støttetaket samlet sett ikke overskrides.
- Ta vare på dokumentene i ti år.

7.2.4 Gruppeunntak for tjenester av allmenn økonomisk betydning

Hvis det ikke lar seg gjøre å etterleve Altmarkvilkårene og bagatellreglene ikke er anvendelige (typisk fordi støttebeløpet er høyere enn bagatellterskelen), vil det ofte la seg gjøre å anvende «gruppeunntaket» for tjenester av allmenn økonomisk betydning.¹³³ I tilfelle kan man unnlate å innhente ESAs forhåndsgodkjennelse.

For det første kan det i henhold til gruppeunntaket gis støtte på inntil 15 millioner euro i året for utførelse av nær sagt alle typer tjenester av allmenn økonomisk betydning.¹³⁴ Videre er en lang rekke kategorier av tjenester omfattet, hvorav noen også er av mer særlig kommunal interesse:

”b) kompensasjon for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som udføres af hospitaler, der yder lægebehandling, herunder akut lægehjælp. Selv om disse virksomheder udfører andre tjenester i direkte tilknytning til deres hovedvirksomhed, i særdeleshed forskning, er det ikke til hinder for, at dette stykke finder anvendelse

c) kompensasjon for udførelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som opfylder sociale behov med hensyn til sundhed og langvarig pleje, børnepasning, adgang til og reintegrations på arbejdsmarkedet, socialt boligbyggeri og pleje og social integration af sårbare grupper

d) kompensasjon for udførelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse for så vidt angår luft- eller søtransport til og fra øer, når den gennemsnitlige årlige trafik på ruten i de to regnskabsår, der går forud for det år, hvori tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse blev overdraget, ikke overstiger 300000 passagerer

e) kompensasjon for udførelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse for så vidt angår lufthavne og havne, hvis gennemsnitlige årlige trafik i de to regnskabsår, der går forud for det år, hvori tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse blev overdraget, ikke overstiger 200000 passagerer for lufthavnens vedkommende og 300000 passagerer for havnes vedkommende.”

Vilkårene fremgår for øvrig av gruppeunntaket. Her som ellers er det viktig at det ikke skal skje noen form for overkompensasjon.

¹³³ Kommisjonsavgjørelse av 20. desember 2011.

¹³⁴ Transport og transportinfrastruktur er ikke omfattet.

7.2.5 Retningslinjer/framework for tildeling av støtte for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning

Hvis kompensasjonen ikke lar seg innordne under Altmarkvilkårene, bagatellreglene eller gruppeunntaket, kan det i visse tilfeller være mulig å få støtten godkjent under retningslinjene for støtte til utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning. Dette forutsetter i tilfelle at støtten notifiseres til og godkjennes av ESA før den iverksettes.

Mange av vilkårene er de samme som under de øvrige grunnlagene. Selv om retningslinjene generelt sett utvider handlingsrommet noe i forhold til det som følger av Altmarkdommen, bagatellregler og gruppeunntak, er enkelte av vilkårene for bruk av retningslinjene strengere enn det som følger av de forannevnte regelsettene. På overordnet nivå gjelder likevel at det må være tale om kompensasjon for pålagte tjenester av allmenn økonomisk betydning, og kompensasjonen må ikke være større enn nødvendig – heller ikke her kan det skje noen overkompensasjon. Her nevnes særlig at oppdraget må tildeles i tråd med anskaffelsesreglene.

Gjennomgående antar vi at det vil være vanskelig å anvende unntakshjemlene vedrørende tjenester av allmenn økonomisk betydning for å rydde statsstøtteproblemene omtalt i punkt 6 av veien. Problemet ligger i at støtten i de typetilfellene vi har sett på ikke alltid er like tilsiktet fra kommunens side, og at i hvert fall størrelsen på støtteelementet ikke fremstår som definert på forhånd. Som et eksempel vil norske kommuner neppe ha noe bevisst forhold til hva støtteelementet i generalgarantiene omtalt i punkt 6.4.2 og 6.5.2 utgjør. I lys av at unntakene for tjenester av allmenn økonomisk betydning har særlig fokus mot at det ikke skal skje noen form for overkompensasjon og at vederlaget skal være forutberegnelig, transparent etc, stilles det strenge krav til forhåndskvantifiseringen av vederlaget, hvilket sjeldent vil være oppfylt når støtten oppstår som en (mer utilsiktet) konsekvens av at kommunen opptrer i markedet.

7.3 EØS-avtalens artikkel 61(3) bokstav c

7.3.1 Innledning

I punkt 4.3 er det gitt en oversikt over unntakshjemlene. På overordnet nivå er artikkel 61(3) bokstav c den klart mest sentrale. I bestemmelsen er ESA gitt et visst skjønns med hensyn til hvilken støtte som skal godkjennes. Støttetildelinger vil ofte skje i henhold til retningslinjer, hvorefter ESA har standardisert skjønnet. Støtte gitt i medhold av retningslinjer forutsetter at tiltaket notifiseres til og godkjennes av ESA før det iverksettes.

Gruppeunntakene angir relativt klart definerte tilfeller for når støtte kan tildeles etter en enklere fremgangsmåte enn den alminnelige notifikasjonsprosessen. Idet gruppeunntakene etter hvert har blitt ganske omfattende og i stor grad hjemler støtte til de samme formålene som retningslinjene, behandler vi gruppeunntakene først og mer utførlig enn retningslinjene. Avslutningsvis knytter vi noen kommentarer til tilfeller hvor man ønsker å tildele støtte som verken passer med gruppeunntakene eller retningslinjene. I slike tilfeller hender det fra tid til annen at ESA godkjenner støtte direkte under artikkel 61(3) bokstav c.

7.3.2 Gruppeunntak

7.3.2.1 *Generelt om gruppeunntaksforordningen*¹³⁵

Som nevnt er gruppeunntaksforordningen praktisk, da den identifiserer støtteformer som er forhåndsgodkjent og derfor er unntatt fra notifikeringsplikten.

Forordningen har innledningsvis en rekke generelle bestemmelser. Deretter følger regler for ulike tillatte støtteformer/støtteformål.

Det følger av de enkelte artiklene i gruppeunntaket hva som er høyeste tillatte støtteintensitet for det aktuelle støtteformålet. Normalt beregnes støtteintensiteten ved at det er fastsatt en prosentsats som angir hvor mange prosent av de støtteberettigede kostnadene som støttegiver kan støtte. Eksempelvis følger det av artikkel 27 at maksimal støtteintensitet for bedrifters deltakelse på messer er 50 prosent.

Gruppeunntaksreglene gjelder ikke bare for støtte i form av rene tilskudd. Også andre former for støtte kan være lovlige, jf. artikkel 4 og 5. Forordningen får imidlertid kun anvendelse på såkalt *transparent støtte*. Støtte i form av tilskudd og rentetilskudd er transparent støtte. Det samme kan være tilfelle for støtte i form av subsidierte lån. På nærmere bestemte vilkår kan også støtte i form av garantier anses som transparent støtte.¹³⁶ Støtte som inngår i skattemessige tiltak kan anses som transparent dersom det for tiltaket er fastsatt et tak som sikrer at gjeldende terskel ikke overstiges.¹³⁷

7.3.2.2 *Oversikt over støtteformål hjemlet i gruppeunntaksforordningen*

I det følgende vil vi gi en kort oversikt over de former for støtte som er tillatt under gruppeunntaksforordningen. Det er ikke rom for å gi noen uttømmende fremstilling av vilkårene i de enkelte unntakshjemlene. Vi vil likevel knytte noen kommentarer til enkelte av bestemmelsene. For en fullstendig oversikt over samtlige vilkår, må man forholde seg til selve gruppeunntaksforordningen.

Det er viktig å være oppmerksom på at kommunale foretak normalt vil bli identifisert med kommunen selv i den forstand at de lett vil falle utenfor definisjonen av små og mellomstore bedrifter, med den følgen at slik støtte ikke kan gis når den aktuelle hjemmelen forutsetter at støttemottakeren er en liten eller mellomstor bedrift.¹³⁸

Gruppeunntaksforordningen hjemler støtte til følgende formål:

- *Regional investerings- og sysselsettingsstøtte (artikkel 13)*. Hovedvilkåret er at støtte skal gis til bedrifter lokalisert i regioner som er berettiget til

¹³⁵ Kommisjonsforordning (EF) nr. 800/2008 av 6. august 2008 om erklæring av visse støttekategoriers forenlighet med det felles marked i henhold til traktatens artikkel 87 og 88 (alminnelig gruppeunntaksforordning), publisert i EU-tidende 9. august 2008, EUT 2008 L214, s. 3-47, jf. forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte (FOR 2008-11-14 nr. 1213) § 1.

¹³⁶ Vi kan imidlertid ikke se at generalgarantiene som følger av IKS-loven og kommuneloven kan være transparent støtte, jf. Artikkel 5 nr. 1 bokstav c.

¹³⁷ Vi kan ikke se at støtten som ytes gjennom det generelle skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav c kan være unntatt i medhold av gruppeunntaksforordningen. Støtten er ikke meldt inn under gruppeunntakene. Videre er støtten gitt som driftsstøtte uten å være knyttet til bestemte (investerings)kostnader, og uten at støtten eksplisitt er gitt for å ivareta noen av formålene som er hjemlet i forordningen.

¹³⁸ Små og mellomstore bedrifter er definert i vedlegg I til gruppeunntaksforordningen, se særlig artikkel 3.

regionalstøtte i henhold til regionalstøttekartet som ESA har godkjent. Den aktuelle investeringen eller økte sysselsettingen må opprettholdes i mottakerregionen i minst tre år (alternativt fem år for store bedrifter). Støtteandelen skal ikke overstige terskelen for regionalstøtte som gjelder for den regionen som mottar støtte. Støtteterskelen kan beregnes på to ulike måter. Den kan enten beregnes som en prosentandel av de støtteberettigede materielle og immaterielle kostnadene for investeringen. Terskelen kan dessuten beregnes som en prosentandel av anslåtte arbeidskraftkostnader for ansatt person beregnet for et tidsrom på to år for sysselsetting som er skapt direkte gjennom investeringsprosjektet. En kan også kombinere de to metodene, forutsatt at støtten ikke overstiger det største beløpet som fremkommer ved beregning av én av dem.

- *Regionalstøtte til nyopprettede små foretak (artikkel 14)*
- *Investerings- og sysselsettingsstøtte til små og mellomstore bedrifter (artikkel 15).* I henhold til denne bestemmelsen kan det ytes støtte til små og mellomstore bedrifter som kan gis til bedrifter lokalisert utenfor regionalstøttekartet.
- *Støtte til små foretak som nylig er opprettet av kvinnelige entreprenører (artikkel 16).*
- *Investeringsstøtte som gjør det mulig for foretak å gå utover fellesskapsstandardene for miljøvern eller heve miljøvernnivået i fravær av fellesskapsstandarder (artikkel 18).*
- *Støtte til anskaffelse av nye transportmidler som går utover fellesskapsstandardene eller som hever miljøvernnivået i fravær av fellesskapsstandarder (artikkel 19).*
- *Støtte til små og mellomstore bedrifter for tidlig tilpasning til framtidige fellesskapsstandarder (artikkel 20).*
- *Støtte til miljøinvestering i energisparetiltak (artikkel 21).* Støtteberettigede kostnader er de ekstra investeringskostnadene som er nødvendige for å oppnå høyere energisparing enn det nivået som fellesskapsstanderne krever.
- *Støtte til miljøinvestering i høyeffektiv kraftvarme (artikkel 22).*
- *Støtte til miljøinvestering for fremme av energi fra fornybare energikilder (artikkel 23).*
- *Støtte til miljøvernundersøkelser (artikkel 24).*
- *Støtte i form av nedsatte miljøavgifter (artikkel 25).*
- *Støtte til rådgivningstjenester til små og mellomstore bedrifter (artikkel 26).* I og med at små og mellomstore bedrifter ofte har behov for, og pådrar seg

rådgivningskostnader gjennom kjøp av rådgivningstjenester fra eksterne rådgivere, er det gitt hjemmel for å tildele støtte til dekning av slike kostnader.

- *Støtte til små og mellomstore bedrifters deltaking på messer (artikkel 27).*
- *Støtte i form av risikokapital (artikkel 29).*
- *Støtte til forsknings- og utviklingsprosjekter (artikkel 31).* Støtten må fullt ut gis til enten grunnforskning, industriell forskning eller eksperimentell utvikling. Den nærmere definisjonen fremgår av artikkel 30. Støtteintensiteten, altså hvor stor del av prosjektets støtteberettigede kostnader som kan støttes, er 100 prosent ved grunnforskning, 50 prosent ved industriell forskning og 25 prosent ved eksperimentell utvikling. De øvre grensene som er fastsatt for industriell forskning og eksperimentell utvikling kan økes med 10 prosentpoeng for mellomstore bedrifter og 20 prosentpoeng for små bedrifter.
- *Støtte til tekniske forundersøkelser (artikkel 32).*
- *Støtte til små og mellomstore bedrifters kostnader til industrielle eiendomsretter (artikkel 33).*
- *Støtte til unge, nyskapende foretak (artikkel 35).* Bestemmelsen er spesiell i den forstand at den også synes å hjemle tildeling av driftsstøtte, hvilket normalt er forbudt. Det vanlige er at støtte skal tildeles som en andel av nærmere bestemte støtteberettigede kostnader – eksempelvis investeringsstøtte. Støttemottager må være et lite foretak, dvs. ha færre enn 50 ansatte og ha en årsomsetning og/eller årsbalanse som ikke overstiger 10 millioner euro. På støttetildelingstidspunktet må foretaket dessuten ha eksistert i mindre enn seks år. Videre stilles det krav om at kostnader til forskning og utvikling skal utgjøre minst 15 prosent av foretakets samlede driftskostnader.
- *Støtte til rådgivnings- og støttetjenester i forbindelse med nyskaping (artikkel 36).*
- *Støtte til lån av høyt kvalifisert personale (artikkel 37).* Fra tid til annen hender det at små og mellomstore bedrifter ikke har tilstrekkelig internkompetanse til å utvikle gode ideer. Bestemmelsen gir hjemmel for å gi støtte til innleie av slik kompetanse.
- *Opplæringsstøtte (artikkel 39).* Opplæringsstøtte kan bidra til kompetanse og kunnskapsheving og således til økt konkurransekraft på lang sikt. To typer opplæringsstøtte er støtteberettiget, henholdsvis generell opplæring, og særskilt opplæring. *Generell opplæring* omfatter undervisning som ikke er direkte eller hovedsakelig knyttet til arbeidstakerens nåværende eller framtidige stilling i foretaket, men som gir kvalifikasjoner som hovedsakelig også kan benyttes i andre foretak eller på andre arbeidsområder. Opplæring som organiseres i felleskap av uavhengige foretak, eller der arbeidstakere fra forskjellige foretak kan delta, vil være generell opplæring. Videre skal opplæring som anerkjennes, attesteres eller godkjennes av organer eller institusjoner som er blitt tildelt den nødvendige myndighet av en medlemsstat eller av Fellesskapet anses som generell opplæring. *Særskilt opplæring* er

opplæring som omfatter undervisning som er direkte og hovedsakelig knyttet til arbeidstakerens nåværende eller framtidige stilling i foretaket, og som gir kompetanse som ikke, eller bare i begrenset grad, kan benyttes i andre foretak eller på andre arbeidsområder.

- *Støtte i form av lønns subsidier til rekruttering av vanskeligstilte arbeidstakere (artikkel 40).*
- *Støtte i form av lønns subsidier til sysselsetting av funksjonshemmede arbeidstakere (artikkel 41).*
- *Støtte beregnet på å kompensere for tilleggskostnadene ved sysselsetting av funksjonshemmede arbeidstakere (artikkel 42).*

7.3.3 Fremtidig regelverk

EU har over lengre tid vært inne i en prosess med sikte på å modernisere gruppeunntakene. I forslaget til nytt gruppeunntak er det inkludert flere nye former for støtte. Det gjøres oppmerksom på at henvisningene i det følgende viser til utkastet, og at artikkelnummereringen vil endre seg når utkastet innarbeides i det endelige, moderniserte gruppeunntaket.

Vi har naturligvis fokusert på å beskrive gjeldende rett. På overordnet nivå vil handlingsrommet i dagens gruppeunntak bli videreført i det nye gruppeunntaket. Av denne grunn, og fordi det endelige innholdet i det nye gruppeunntaket ennå ikke er fastlagt, vil vi kun gi en kort beskrivelse av noen viktige nyvinninger i forslaget til nye regler.

For det første vil *støtte til innovasjonsklynger* bli forhåndsgodkjent på visse vilkår. Denne typen støtte reguleres i artikkel 4 i utkastet.

Et vilkår er at støtten må gis direkte til organisasjonen som administrerer klyngen. Tilgangen må reguleres av objektive og ikke-diskriminerende vilkår, og prisen brukerne belastes må enten svare til markedsverdien av ytelsene eller til kostnadene ved å tilby dem.

Det kan gis både investerings- og driftsstøtte til innovasjonsklynger. Investeringsstøtten kan relatere seg til oppbygning eller oppgradering av klyngen, og kostnader til både fysisk og immateriell eiendom kan være støtteberettigete.

For investeringsstøtte skal støtteintensiteten ikke utgjøre mer enn 15 prosent av de støtteberettigete kostnadene. Den kan imidlertid økes til henholdsvis 25 prosent og 35 prosent for små og mellomstore bedrifter. For bedrifter som er lokalisert i områder som er berettiget til regionalstøtte, kan støtteintensiteten være 25 prosent, selv om støttemottakeren er en stor bedrift.

Driftsstøtte kan kun gis i inntil fem år. Slik støtte skal relatere seg til nærmere bestemte personal- og administrasjonskostnader. I korte trekk dreier det seg om kostnader til aktiviteter som fasiliterer samarbeid og informasjonsutveksling innenfor klyngen, kostnader til spesialtilpassete driftsstøtteløsninger, kostnader til eiendomsadministrasjon, og til sist kostnader til visse treningsprogrammer, workshopper og

konferanser. Støtteintensiteten kan være 50 prosent av de støtteberettigete kostnadene over femårsperioden.

Gruppeunntaket forhåndsgodkjenner bare utgifter på inntil 5 000 000 euro per klynge. Større tiltak må altså notifiseres til og godkjennes av ESA før de settes i verk.

For det annet etablerer artikkel 5 en ordning for forhåndsgodkjennelse av kostnader som relaterer seg til *innovasjoner innenfor produksjon, distribusjon og organisasjon*.¹³⁹

I utgangspunktet kan ikke slik støtte gis til store bedrifter. Det gjøres imidlertid et unntak for det tilfelle at en stor bedrift samarbeider med en liten eller mellomstor bedrift på en slik måte at 30 prosent av de støtteberettigete kostnadene tilflyter sistnevnte.

De støtteberettigete kostnadene kan relatere seg til personell, fysiske gjenstander som brukes i innovasjonsprosjektet og til forskning, kunnskap og patentrettigheter ervervet fra uavhengige tredjeparter. Øvrige kostnader kan også være støtteberettigete, men bare så langt de er pådratt som et direkte resultat av innovasjonstiltaket.

For små og mellomstore bedrifter kan de støtteberettigete kostnadene dekkes med en intensitet på 50 prosent. For store bedrifter kan støtteintensiteten ikke overskride 15 prosent.

For det tredje gjør vi oppmerksom på at artikkel 6 og 7 godkjenner visse utgifter til *kulturiltak* og til *sports- og multifunksjonsinfrastruktur*.

7.3.4 Retningslinjer

ESAs retningslinjer kan grovt sett deles inn i to kategorier. Den første kategorien omhandler fortolkningen av artikkel 61 (1) – eksempelvis retningslinjer om når salg av offentlig eiendom inneholder elementer av statsstøtte eller ei. Ettersom disse retningslinjene gjelder lovtolkningsspørsmål er de ikke formelt sett bindende for EFTA-domstolen.

Den andre og største kategorien gjelder ESAs skjønnsutøvelse under EØS artikkel 61 (3) bokstav c. Denne bestemmelsen angir, som nevnt tidligere, støtteformer ESA kan anse som forenelige med EØS-avtalen. Retningslinjene vil langt på vei være bindende for ESAs skjønnsutøvelse, og bidrar til forutberegnelighet ved at de i noen grad angir typetilfeller en kan gå ut fra at vil bli godkjent.

Det er viktig å merke seg at retningslinjene kun angir støtte som kan bli godkjent – de utgjør ingen forhåndsgodkjennelse. I tilfeller hvor hjemmelsgrunnlaget er ESAs retningslinjer må ordningen derfor notifiseres til og godkjennes av ESA før den settes i verk.

Retningslinjene er særlig praktiske fordi de trekker opp andre og til dels videre grenser for handlingsrommet enn gruppeunntakene. De tillater ofte at det bevilges støtte til andre formål og/eller at støtteintensiteten (tillatt støttebeløp) er høyere.

¹³⁹ Uttrykket «process innovation» har ikke noe godt synonym på norsk, men er et vidt begrep som omfatter kostnader til produksjon og distribusjon, herunder til softwareløsninger.

Følgende ikke-uttømmende liste over retningslinjer viser at mangeartede formål kan støttes i medhold av retningslinjene:

- *Retningslinjene om støtte til små og mellomstore bedrifter*
- *Regionalstøtteretningslinjene.* Det er nylig vedtatt nye regionalstøtteretningslinjer for perioden 2014 til 2020. Dagens retningslinjer er forlenget frem til nytt regelverk er på plass. Norge vil notifisere et nytt støttekart (som viser hvor det kan gis distriktsstøtte) for perioden 1. juli 2014 til 2020. Alle regionalstøtteordninger som skal gjelde etter 1. juli 2014 må notifiseres til ESA på nytt, selv om disse har vært meldt inn tidligere. Støtte som faller inn under det nye gruppeunntaket kan gis etter forenklet gruppeunntaksmelding (se nedenfor om *gruppeunntaket* for regionalstøtte).
- *Retningslinjene om støtte til fremme av risikokapitalinvesteringer i små og mellomstore bedrifter.* Retningslinjene aksepterer at det ikke alltid er sammenfall mellom tilbud og etterspørsel etter risikovillig kapital til investeringer i små og mellomstore bedrifter. Støttetiltak for å avhjelpe denne markedssvikten kan godkjennes på visse vilkår.
- *Retningslinjene om støtte til forskning, utvikling og innovasjon.* Retningslinjene innførte nye støttetiltak som skal bidra til å fremme innovasjon. Disse er henholdsvis støtte til unge og nyskapende foretak, støtte til prosessmessig og organisasjonsmessig innovasjon i tjenestesektoren, støtte til rådgivnings-tjenester og andre tjenester som støtter innovasjon, støtte til lån av høyt kvalifisert personale og støtte til innovasjonsklynger. I tillegg finnes omfattende regler om forsknings- og utviklingsprosjekter.
- *Miljøretningslinjene.*
- *Retningslinjene om krise- og omstrukturingsstøtte til bedrifter i vanskeligheter.* Retningslinjene gir en viss adgang til å utarbeide en krisepakke til en bedrift i vanskeligheter når det er politisk enighet om det.
- *Retningslinjer for opplæringsstøtte.* Retningslinjene gir rom for å gi støtte til opplæring ut over terskelen som følger av gruppeunntaket. ESA vil bruke den såkalte balansetesten for å vurdere om den notifiserte støtten er forenlig.¹⁴⁰
- *Retningslinjer for støtte til ansettelse av vanskeligstilte arbeidstakere.*
- *Retningslinjer om støtte til maritim transport.*
- *Retningslinjer om skipsbyggingsstøtte.*
- *Retningslinjer om støtte til allmennkringkasting.*
- *Retningslinjer om støtte til flysektoren.*

¹⁴⁰ Se nedenfor om balansetesten og anvendelsen av art. 61 (3) bokstav c direkte.

- *Retningslinjer om støtte til flyselskaper som flyr fra regionale flyplasser.*
- *Retningslinjer for støtte til audiovisuell produksjon.*
- *Retningslinjer for støtte til jernbaneforetak.*
- *Retningslinjer for støtte til utbygging av bredbånd.*

7.3.5 Direkte anvendelse av artikkel 61(3) bokstav c

Når retningslinjer og gruppeunntak ikke er anvendelig, godkjennes støtte fra tid til annen direkte under artikkel 61(3) bokstav c. I slike tilfeller vil ESA vurdere støttens forenelighet på bakgrunn av den såkalte balansetesten. Denne ble formalisert som et generelt verktøy i EU-kommisjonens handlingsplan for statsstøtte.

Ved anvendelsen av balansetesten vil ESA veie støttetiltakets positive virkninger mot dets mulige negative virkninger på konkurransen og samhandelen. Følgende spørsmål vil bli stilt og vurdert:

- a) Er støttetiltaket rettet mot et klart definert mål av felles interesse – korrigerer den foreslåtte støtten en markedssvikt eller har den et annet formål?
- b) Er støtten egnet til å virkeliggjøre formålet nevnt under bokstav a? Ved vurderingen vil følgende bli vektlagt:
 - i) om statsstøtte er et egnet politisk tiltak, eller om det finnes andre og mer egnede virkemidler
 - ii) om tiltaket har en incentivvirkning (endrer støtten støttemottakernes atferd)?
 - iii) om støttetiltaket står i forhold til målet, herunder om den samme atferdsendringen kunne ha vært oppnådd med mindre støtte (proporsjonalitetsvurderingen)
- c) Er konkurransevridningen og virkningen på samhandelen begrenset, slik at den samlede avveiningen faller positivt ut

Balansetesten gjennomføres altså i tre trinn, der man i de to første trinnene ser på de positive virkningene av tiltaket og i det tredje trinnet på de negative.

I praksis er anvendelsen av balansetesten meget konkret. Det er derfor nødvendig å gjøre en grundig jobb med hensyn til å vise at den faktisk er oppfylt. Dette kan kreve betydelige forberedelser.

7.4 Bagatellmessig støtte

Støttebeløp under en viss terskelverdi anses ikke som statsstøtte etter artikkel 61(1), da de ikke antas å påvirke konkurransen eller samhandelen i nevneverdig grad. Siden slike tiltak ikke skal anses som offentlig støtte, vil tiltakene heller ikke være omfattet av meldeplikten. Bagatellmessig støtte er nærmere regulert i Kommisjonsforordning nr. 1998/2006, som er inntatt i EØS-avtalen.

Bagatellunntaket gjelder i utgangspunktet generelt, jf. forordningens artikkel 1.¹⁴¹ Det avgjørende for anvendeligheten er tilskuddets størrelse, ikke tilskuddets formål. Derfor kan bagatellreglene være et enkelt og praktisk alternativ når det skal ytes mindre tilskudd.

Hovedbegrensningen ligger i kravet om at den samlede støtten til hvert enkelt foretak ikke kan overstige 200 000 euro over en periode på tre skatteår.¹⁴² For Norges vedkommende følger skatteåret kalenderåret. Den relevante treårsperioden er "flytende", slik at det for hver tildeling av bagatellmessig støtte må tas hensyn til støtte gitt i de to foregående kalenderårene og inneværende år.

Det er det EØS-rettslige foretaksbegrepet som må legges til grunn. Støtte gitt til flere enheter som etter norsk rett fremstår som selvstendige foretak, vil etter en EØS-rettslig vurdering måtte anses som støtte gitt til ett foretak dersom foretakene fremstår som én økonomisk enhet. Hva som utgjør en økonomisk enhet beror på en komplisert konkurranserettslig vurdering.

Et annet forhold å være oppmerksom på er at beløpsgrensen gjelder det foretaket som reelt sett mottar en fordel, og ikke nødvendigvis det foretaket som mottar støtten i første omgang. Dette vil kunne være problematisk ved konkrete ordninger hvor den direkte støttemottakeren til dels er en annen enn den som nyter godt av støtten.

Artikkel 3.1 i forordningen inneholder krav til hvilke prosedyrer som må følges ved tildeling av bagatellmessig støtte. Det organet som ønsker å gi bagatellmessig støtte må informere støttemottaker om det planlagte støttebeløpet og at dette utgjør bagatellmessig støtte. Støttegiver må uttrykkelig henvise til bagatellforordningen, med full referanse til forordningens tittel og publiseringsdato i EU-tidende. Denne informasjonen må gis skriftlig.

Før støtten kan utbetales skal støttegiver be om en skriftlig erklæring fra støttemottaker om all annen bagatellmessig støtte som foretaket har mottatt inneværende år og de to foregående årene. Støttegiver har altså en plikt til å kontrollere at beløpsgrensen ikke vil bli overskredet ved den aktuelle tildelingen.

¹⁴¹ Det kan imidlertid ikke bevilges eksportstøtte under bagatellreglene.

¹⁴² Det gjelder en lavere grense i veitransportsektoren.

8 TILTAK FOR Å INNRETTE KOMMUNAL VIRKSOMHET TIL Å VÆRE I OVERENSSTEMMELSE MED STATSSTØTTEREGLENE

8.1 Innledning

Fremstillingen av de alminnelige reglene om offentlig støtte, foretaksbegrepet, typiske statsstøtterettslige problemstillinger som oppstår når kommunene utøver økonomisk aktivitet og handlingsrommet under unntakshjemlene er relativt omfattende behandlet ovenfor. Underveis i behandlingen har vi i stor grad vist hvordan det offentlige kan unngå å opptre i strid med statsstøttereglene. I og med at fremstillingen har vært omfattende og at flere av forhåndsreglene har fremkommet mer implisitt, vil vi i dette kapitlet løfte blikket. Målet er å gi en mer operativ beskrivelse av hvordan man kan unngå de vanligste fellene som medfører brudd på støttereglene.

8.2 Overordnet

Innledningsvis bemerker vi at kommuner må være seg bevisst at man normalt vil få enkelte regler «med på kjøpet» når det offentlige begir seg inn på kommersielle markeder og utøver økonomisk aktivitet. Ikke minst må man forholde seg til statsstøttereglene – regler som til tider foranlediger krevende vurderinger og behov for spesialkompetanse. Statsstøtteproblemer oppstår eksempelvis gjerne i forbindelse med at man åpner/liberaliserer markeder ved at private foretak får mulighet til å tilby tjenester til kommunen som kommunen tidligere har utført i egenregi, eller at kommunen begynner å tilby tjenester i et kommersielt marked til andre enn kommunen selv og dens innbyggere.

Når kommuner utøver aktivitet som inneholder myndighetsutøvelse og/eller begir seg inn på nye aktivitetsområder, bør man rutinemessig vurdere om det er tale om en type aktivitet som rammes av vilkårene i statsstøtteforbudet i artikkel 61(1). Hvis svaret på denne testen er ja, må man følge de samme spillereglene som de øvrige aktørene i det aktuelle markedet. Herunder er den økonomiske virksomheten i utgangspunktet avskåret fra å motta statsstøtte.

Videre vet vi at mange kommuner allerede er involvert i økonomisk aktivitet som rammes av statsstøttereglene uten at dette hensyntas i tilstrekkelig grad. I og med at dette er forhold som det er rettet stadig større fokus på, må det påregnes at det fremover vil innkomme klager på mulige brudd på statsstøttereglene og at ESA, som følge av dette og på eget initiativ, vil undersøke en rekke saker hvor kommuner eier og driver næringsvirksomhet. Potensielt sett kan det bli tale om ikke ubetydelige tilbakebetalingskrav. Vi vil derfor anbefale at man allerede nå oppfordrer kommuner og fylkeskommuner til å evaluere sine aktiviteter for å få et bevisst forhold til om man bryter statsstøttereglene eller står i fare for å gjøre det.

Den helt overordnede regelen kommunen må forholde seg til er markedsinvestorprinsippet. Overføringer av økonomiske fordeler fra kommunen til den aktuelle økonomiske virksomheten (eksempelvis i form av bevilgninger, kjøp av tjenester til overpris eller salg av eiendom eller eiendeler til underpris, gunstige lån og garantier) vil som den klare hovedregel være ulovlig, med mindre transaksjonene skjer i tråd med markedsinvestorprinsippet.

Det er i så måte viktig å huske på at når det offentlige utøver økonomisk virksomhet, skal det med andre ord være utsikter til god/normal avkastning på den kapitalen man

investerer i virksomheten.¹⁴³ Hvis man ikke kan dokumentere at det er sannsynlig at aktiviteten vil gå med tilstrekkelig overskudd, må det offentlige i mange tilfeller la være å utøve aktiviteten. Vi viser for øvrig til den generelle redegjørelsen for markedsinvestorprinsippet i punkt 6.2 ovenfor.

Forutsetningen i det følgende er at kommunen utøver økonomisk virksomhet og at denne virksomheten i utgangspunktet ikke kan motta offentlig støtte som omfattes av EØS artikkel 61(1).

8.3 Tiltak for å opptrø i samsvar med statsstøttereglene

I lys av drøftelsene tidligere i utredningen, samt ESAs avgjørelser, oppstiller vi i det følgende enkelte tiltak kommunene bør vurdere å iverksette for å sikre at kommunene opptrø i tråd med statsstøtteregolverket:

- *Utskilling av økonomisk aktivitet i eget selskap.*¹⁴⁴

Fritak fra skatteplikt vil innebære en økonomisk fordel for den som slipper å betale skatt. Kommunene må sørge for en organisering som gjør at den økonomiske virksomheten skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet i markedet. I dag vil det si at økonomisk virksomhet bør skilles ut i et eget selskap som er underlagt skatteplikt. En eventuell fremtidig endring i skatteloven som medfører at økonomisk aktivitet vil bli skattlagt selv når denne utøves av kommunen som sådan, vil rydde dette statsstøtteproblemet av veien.

Kommunen bør også sørge for en organisering som ikke innebærer at den økonomiske aktiviteten nyter godt av en implisitt eller eksplisitt garanti. Slik lovgivningen er i dag bør en derfor være varsom med å la enheten som driver økonomisk aktivitet være en del av kommunen, et kommunalt foretak eller organisert i et interkommunalt selskap.

Det tryggeste vil være å organisere økonomisk virksomhet i et selskap med begrenset ansvar – trolig ved å anvende aksjeselskapsformen. Vi anbefaler i det minste at så skjer når kommunen opplagt utøver kommersiell virksomhet i konkurranse med andre.

Det kan anføres gode argumenter for at skattefordelen og garantifordelene er å betrakte som *eksisterende støtte*. Dette vil i tilfelle innebære at det ikke er fare for at ESA vil pålegge at støtten skal tilbakebetales. Det kan derfor tenkes at mange kommuner inntil videre ikke vil ønske å skille ut all økonomisk virksomhet i egne selskaper. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at det kan være ressurskrevende og kostbart å måtte foreta omorganiseringer som følge av mulige krav om formålstjenlige tiltak fra ESAs side. I saken om Analysesenteret har Trondheim kommune akseptert å skille ut den økonomiske virksomheten bestående av laboratorietjenester og prøvetaking i et eget selskap, og det innenfor relativt korte tidsfrister.

¹⁴³ En investering kan skje både i form av kapitaltilførsler og tilførsler av andre aktiva – eksempelvis en fast eiendom.

¹⁴⁴ Ofte kan små virksomheter få dekket sitt behov for støtte gjennom reglene om bagatellmessig støtte (se punkt 7.4). Som følge av prosessuelle og materielle vilkår, er ikke bagatellreglene særlig godt egnet til å rydde nedenstående utfordringer knyttet til skattefritak og garantier av veien.

En utskilling i et eget selskap vil kunne bli oppfattet som et drastisk tiltak, men tiltaket vil samtidig løse en rekke problemer knyttet til statsstøttereguleringen.

- *Innføring av regnskapsmessig skille mellom økonomisk virksomhet og øvrige aktiviteter*

Hvis kommunen, tross anbefalingene ovenfor, velger ikke å foreta en selskapsmessig utskillelse, bør kommunen sørge for et regnskapsmessig skille mellom økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter for å hindre krysssubsidiering. For aktiviteter av omfattende karakter vil det såkalte *transparensdirektivet* kunne komme til anvendelse. Direktivet oppstiller krav om regnskapsmessige skiller. Selv der direktivet ikke kommer til anvendelse, vil et regnskapsmessig skille kunne være påkrevet for å hindre krysssubsidiering.

Vi gjør oppmerksom på at skillet i seg selv ikke utelukker at det kan skje urettmessige overføringer til enheten som utøver økonomisk virksomhet. I tillegg til det regnskapsmessige skillet, må man derfor sørge for at det rent faktisk ikke skjer noen krysssubsidiering.

- *Opprettelse av økonomiske virksomheter – vis at investeringen vil være god.*

Når en økonomisk enhet skal opprettes, bør det utarbeides en åpningsbalanse som viser hvilke verdier som ligger i selskapet på stiftelsestidspunktet, og som man må kreve en normal avkastning på. Videre bør det lages en forretningsplan hvor avkastningskravet tydeliggjøres. Hvilket avkastningskrav som må stilles avhenger av en rekke forhold, herunder risikoen forbundet med virksomheten.

- *Sørg for at det betales markedsleie for eiendeler som benyttes ved utøvelse av økonomisk aktivitet, samt krev betaling for bruk av fellestjenester.*

Kommunene må også sørge for at de delene av kommunene som driver økonomisk aktivitet betaler markedsmessig leie for bruk av for eksempel bygninger, grunn, kontorplasser, maskiner og andre produksjonsmidler. Prisen bør baseres på objektive og etterprøvbare standarder, for eksempel takst og uavhengige verdivurderinger etc.

- *Hvis markedsinvestorprinsippet ikke følges: Avstå fra overføringer til enheter som utøver økonomisk aktivitet.*

Enheter som utøver økonomisk aktivitet kan ikke motta midler fra kommunen med mindre dette gjøres i tråd med markedsinvestorprinsippet. Kommunene må derfor avstå fra å overføre midler med mindre overføringen lar seg forsvare ut fra en realistisk vurdering av avkastningsmulighetene.

Den daglige driften, kapitaltilførsler og andre disposisjoner til fordel for den økonomiske virksomheten skal altså skje under hensyntagen til hvorvidt det er utsikter til god avkastning. Alle lån og garantier til økonomisk aktivitet i kommunen må skje på markedsmessige vilkår. ESAs retningslinjer angir hvordan en bør gå frem for å sikre seg at lån og garantier ikke utgjør statsstøtte. Kommunen bør derfor følge disse når de yter lån eller garantier til egen virksomhet.

Man kan godt ta andre sidehensyn enn rent økonomiske hensyn, men hvis en disposisjon kun foretas ut fra kultur-, distrikts- eller sosialpolitiske hensyn, uten at det samtidig er utsikter til en normal avkastning, vil dette være i strid med statsstøttereglene.

8.4 Unntak fra statsstøtteforbudet – lovlig offentlig støtte

Beskrivelsen i dette kapitlet har vært rettet mot hvordan man skal innrette kommunal virksomhet for å falle utenfor virkeområdet til EØS artikkel 61, og slik sett gå klar av statsstøtteforbudet i sin helhet. Vi minner likefullt om det relativt vide handlingsrommet som ligger i unntakshjemlene fra statsstøtteforbudet. I den utstrekning unntakshjemlene kan benyttes, kan kommunal økonomisk virksomhet motta støtte på lik linje med hva som vil være lovlig å tildele private foretak. Vi viser her til redegjørelsen i punkt 7.

9 KOMMUNELOVEN § 51 – BEGREPSBRUK OG FORHOLDET TIL REGLENE OM OFFENTLIG STØTTE

9.1 Kommune洛vens § 51 – særlig om næringsvirksomhetsbegrepet

9.1.1 *Innledning*

Vi er avslutningsvis bedt om å vurdere forholdet mellom kommunelovens forbud mot garantier for næringsvirksomhet som drives av andre enn kommunen selv på den ene siden, og forbudet mot statsstøtte på den annen side. Særlig er vi bedt om å analysere *næringsvirksomhetsbegrepet* i kommuneloven opp mot *økonomisk aktivitet/foretaksbegrepet* i statsstøtteretten, og herunder vurdere om det bør skje en form for harmonisering av regelverkene/begrepene.¹⁴⁵

I det følgende vil vi derfor innledningsvis redegjøre for forbudet mot kommunale garantier for næringsvirksomhet i kommuneloven § 51 nr. 2. Vi vil fokusere på næringsvirksomhetsbegrepet og ikke i særlig grad omtale de øvrige vilkårene i bestemmelsen. Dette gjøres i punktene 9.1.3 til 9.2. I punkt 9.3 følger en kort oppsummering av hva vi har redegjort for tidligere vedrørende forståelsen av foretaksbegrepet. I punkt 9.4 vil vi foreta en sammenlikning av regelsettene. Avslutningsvis i punkt 9.4 følger en nærmere redegjørelse for harmoniseringsmuligheter. Aller først i punkt 9.1.2. følger en kort oppsummering av hovedkonklusjonene i dette kapittelet.

9.1.2 *Sammendrag*

Forbudet¹⁴⁶ mot kommunale garantier for næringsvirksomhet drevet av andre enn kommunene selv er først og fremst begrunnet i å hindre kommunene fra å påta seg for stor økonomisk risiko. Dette formålet har preget tolkningen av næringsvirksomhetsbegrepet i den forstand at det har vært lagt vekt på om virksomheten det skal garanteres til fordel for har et gevinstformål eller ikke. Praksis omkring bestemmelsen viser imidlertid også et visst innslag av sanksjonering av hva som naturlig bør høre til en kommunes oppgaver.

Selv om forbudet i kommuneloven § 51 nr. 2 har mange fellestrekk med forbudet mot offentlig støtte i EØS artikkel 61, viser vår gjennomgang at det skal mindre til for at noe rammes av forbudet mot offentlig støtte enn av forbudet mot kommunale garantier. Det er særlig virksomhet som ikke har noe gevinstformål, men som like fullt opererer i et marked i konkurranse med annen virksomhet som kan rammes av forbudet mot offentlig støtte uten samtidig å være ulovlig etter kommuneloven § 51 nr. 2. Typiske eksempler på dette finner vi innenfor kultur- og idrettssektoren.

Ved vurderingen av om det bør skje en harmonisering mellom regelsettene har vi funnet at kommuneloven § 51 nr. 2 fremdeles har en særskilt rolle å spille, og at statsstøttereglene ikke vil fange opp samtlige av tilfellene hvor en kommunal garanti er uønsket fordi den utsetter kommunen for økonomisk risiko. Dette gjelder særlig i

¹⁴⁵ I det følgende vil vi for enkelthets skyld benytte terminologien «foretaksbegrepet» med den forståelsen at det helt sentrale vilkåret i om noe er et foretak i statsstøtterettslig forstand er om virksomheten driver «økonomisk aktivitet» eller ikke.

¹⁴⁶ Kommune洛ven § 51 nr. 2.

de tilfellene hvor støttereglene inneholder unntak som vil tillate en garanti som er i strid med kommunelovens bestemmelse.

Vi anbefaler heller ikke å harmonisere næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven § 51 nr. 2 med foretaksbegrepet i støtteretten. Dette fordi en slik fullharmonisering vil frata kommuneloven en del av den fleksibiliteten til å gi garantier som synes ønskelig. Ettersom kommuneloven ikke inneholder noen unntak fra garantiforbudet¹⁴⁷, vil en slik harmonisering medføre at ingen garantier til virksomhet som faller innenfor foretaksbegrepet vil bli tillatt. Selv om foretaksbegrepet i statsstøtteretten er strengere enn næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven, motsvares det strenge foretaksbegrepet altså av relativt vide muligheter til å gjøre unntak fra statsstøtteforbudet.

Utfordringen med forholdet mellom kommuneloven § 51 nr. 2 og støttereglene er, slik vi ser det, dermed først og fremst at det potensielt er noen garantier som er tillatt etter kommuneloven som er i strid med støttereglene. En godkjenning av garantien fra fylkesmann eller departement kan dermed ikke tas til inntekt for at garantien er i overensstemmelse med statsstøttereglene.¹⁴⁸ Dermed må det gjøres en selvstendig vurdering av sistnevnte forhold. Det er ikke sikkert at alle kommuner er seg bevisst dette.

Slike brudd kan i noen grad hindres ved hjelp av økt veiledning fra departementets/fylkesmennenes praktisering av bestemmelsen/overprøving av kommunale vedtak.

En alternativ fremgangsmåte kan være å klargjøre i kommuneloven § 51, eventuelt i notene til denne, at garantier som godtas etter bestemmelsen uansett må være i samsvar med statsstøttereglene. Dette kan gi en betydelig instruktiv verdi overfor brukerne av bestemmelsen. Vi vil overlate til departementet hvordan man i så fall rent konkret kan gjøre dette, det være seg ved eksplisitt å skrive det inn i lovteksten, gjennom en ren henvisning til statsstøttereglene eller på annen måte. Vi antar at det pågående arbeidet med kommunelovrevisjonen vil være en velegnet anledning til å vurdere hvorvidt man skal foreta en slik klargjøring.

9.1.3 Bakgrunn og kort historikk

Kommuneloven § 51 nr. 2 inneholder et forbud mot at kommuner og fylkeskommuner stiller kausjon eller annen økonomisk garanti «*knyttet til næringsvirksomhet som drives av andre enn kommunen eller fylkeskommunen selv*».¹⁴⁹

Bestemmelsen var ny i kommuneloven av 1992, men praksis etter tidligere kommunelovgivning tilsa også at kommunene måtte være forsiktige med å gi slike garantier.¹⁵⁰

Forbudet må sees på bakgrunn av at kommunenes handlefrihet – også hva gjelder garantier for andre – er negativt avgrenset, slik at kommunene, uten et slikt forbud, i utgangspunktet står fritt til å garantere for den næringsvirksomhet som kommunen finner formålstjenlig.

¹⁴⁷ Slik som er tilfelle i statsstøtteretten.

¹⁴⁸ Med mindre også forholdet til statsstøttereglene er eksplisitt behandlet.

¹⁴⁹ Kommuner og fylkeskommuner vil for enkelthets skyld i det følgende omtales samlet som «kommuner», med mindre det gjelder omtalen av en konkret sak vedrørende en fylkeskommune.

¹⁵⁰ Torill Kristiansen, Kommunale garantier, Tano Aschehoug 1998, side 69.

Den opprinnelige bestemmelsen fra 1992 inneholdt i tillegg et vilkår om at kommunale garantier bare kunne stilles når det forelå «*en særlig kommunal eller fylkeskommunal interesse*». Dette vilkåret ble opphevet i år 2000 med den hovedbegrunnelse at det harmonerte dårlig med prinsippet om at kommunens handlefrihet er negativt avgrenset, og at det medførte vanskelige og uavklarte tolkningsspørsmål om hva som lå i begrepet «*kommunal interesse*». Ettersom hovedformålet med bestemmelsen var å redusere risikoen for kommunene, ble det antatt at begrensingen som lå i at kommunene ikke kunne garantere for annen *næringsvirksomhet* var tilstrekkelig (mer om dette nedenfor). Vilkåret om *kommunal eller fylkeskommunal interesse* vil derfor ikke bli behandlet ytterligere i det følgende.

Forbudet gjelder bare garantier til fordel for virksomhet som drives av *andre* enn kommunen selv. Det er viktig å presisere at *andre* i denne sammenheng vil være all mulig virksomhet som ikke drives innenfor kommunen, det være seg i et kommunalt foretak eller av kommunen som sådan. Kommunalt hel- eller deleide aksjeselskaper samt IKS-er vil derimot være å anse som *andre* i denne sammenheng. Garantier til slike er således omfattet av forbudet.

Bestemmelsen har stort sett vært oppfattet som relativt ukontroversiell. Ved lovendringen i 2000 var det gjennomgående enighet blant høringsinstansene om å beholde forbudet mot kommunale garantier for ekstern næringsvirksomhet. De relativt få problemene forbudet medførte knyttet seg hovedsakelig til tvil omkring forståelsen av *næringsvirksomhetsbegrepet*.

9.1.4 Formål bak bestemmelsen

Det opprinnelige hovedformålet bak kommuneloven § 51 nr. 2 kan sies å være et ønske om å forhindre at kommunene utsetter seg for stor økonomisk risiko. Dette hensynet ble understreket av departementet i forarbeidene:

Departementet vil peke på at enkelte kommuner de siste årene har fått økonomiske problemer som følge av at kommunale garantier blir gitt til ulike formål. Problemene har særlig kommet som følge av garantier gitt til næringsvirksomhet. Dette skyldes både den vanskelige situasjonen generelt i norsk økonomi og spesielle problemer i enkelte næringsgrener, men også at kommuner/fylkeskommuner ikke i tilstrekkelig grad har klart å vurdere risikoen ved å gi slike garantier. Det generelle utgangspunkt for bestemmelsene om kommunale garantier er at næringsvirksomhet faller utenfor hva en kommune bør engasjere seg i.¹⁵¹

Bestemmelsen må sees i lys av flere tilfeller hvor kommuner hadde garantert for virksomhet som senere viste seg å medføre en betydelig belastning av kommuneøkonomien når garantien måtte realiseres. Departementet hadde dessuten liten tiltro til at alle kommuner hadde den tilstrekkelige næringspolitiske kompetansen som var nødvendig for å kunne vurdere risikoen i de prosjektene hvor det ble søkt om kommunal garanti. I bestemmelsen lå derfor også et visst behov om å beskytte kommunene mot seg selv, samt å forhindre at kommunene ble utsatt for press om å stille slike garantier.

¹⁵¹ Ot. prp. nr. 42 (1991-92), side 180.

Ved lovendringen i 2000 ble dette formålet nyansert ytterligere ved at departementet mer inngående drøftet om det å yte kommunale garantier for kommersiell næringsvirksomhet egentlig var en kommunal oppgave:

Et særlig spørsmål i forbindelse med næringsvirksomhet er om kommunene har et aktverdig behov for å stille garantier for slik virksomhet. Argumentene for å gi kommunal støtte til næringsvirksomhet – enten det er ved garanti eller på annen måte – er ikke like sterkt begrunnet som støtte til virksomheter som ligger nærmere kommuners kjernevirksomhet: offentlige tjenester og velferdstilbud til befolkningen. Dette vil gjelde uansett om kommunenes kompetanse er negativt avgrenset eller ikke. Kommunen forvalter ressurser på vegne av innbyggerne, og forvaltningen skal ideelt sett være til innbyggernes gagn. Riktignok kan det indirekte også komme innbyggerne i kommunen til gode å stille garantier for næringsvirksomhet. Det kan dreie seg om en viktig bedrift i et lite lokalsamfunn, som pga. konjunktursvingninger har fått problemer av forbigående karakter. Men støtte til næringsvirksomhet er ikke en sentral oppgave for en kommune. [...]

For en virksomhet med et kommersielt formål stiller dette seg annerledes. En slik virksomhet vil normalt måtte ta prisen den kan oppnå for sine tjenester for gitt, altså uten mulighet til å kunne påvirke egne inntektsmuligheter. Virksomheten vil søke å gjøre differansen mellom egne inntekter og kostnader størst mulig, altså maksimere overskuddet. En kommunal garanti for en kommersiell virksomhet vil gi virksomheten et økt overskudd uten at dette kommer kommunen eller brukerne av tjenesten direkte til gode. Garantien bidrar derfor ikke til å øke innbyggernes velferd. Den kommunale garantien vil imidlertid i visse situasjoner kunne bidra til at virksomheten faktisk oppnår et økonomisk resultat, i motsetning til en situasjon uten garanti, hvor virksomheten går med underskudd og dermed står i fare for å bli lagt ned. En kommunal garanti for en næringsvirksomhet som driver på marginen er samtidig beheftet med betydelig risiko. Spørsmålet er om verdien av fortsatt drift av virksomheten kan forsvare slik bruk av kommunale midler. I de tilfeller der en kommunal garanti for næringsvirksomhet ikke har betydning for virksomhetens fortsatte drift – men bare for størrelsen av overskuddet – er det vanskelig å se at det eksisterer gode begrunnelser for å kunne stille kommunal garanti.¹⁵²

[]

Kommunelovens regler om garantier må derfor utformes slik at risikoen for at kommuner skal komme i økonomiske vanskeligheter som følge av garantistillelser blir redusert, samtidig som muligheten til å bruke garantier som virkemiddel ikke blir avskåret i for stor grad. Regler om kommunale garantistillelser vil derfor være et kompromiss mellom kryssende hensyn.¹⁵³

Uttalelsene kan tyde på at departementet kun anså det som «aktverdig» og av kommunal interesse å garantere for næringsvirksomhet når dette var nødvendig for å redde en typisk «hjørnestensbedrift» eller lignende. Samtidig utgjør også garantier i slike situasjoner en potensielt stor økonomisk risiko for kommunen. Vi vil dessuten

¹⁵² Ot.prp. nr. 43 (1999-2000), side 96.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 43 (1999-2000), side 90.

anta at det vil være vanskelig å benytte garantier i slike tilfeller, ettersom hjørnestensbedrifter for alle praktiske formål driver næringsvirksomhet.

Oppsummert kan det derfor sies at bestemmelsen både har som formål å minimere kommunenes risiko, samt gi føringer på hva som skal være en kommunal oppgave.

9.1.5 Litt om rettskildebildet

9.1.5.1 *Praksis fra fylkesmennene og KRD*

Rettskildebildet vedrørende forståelsen av næringsvirksomhetsbegrepet kjennetegnes av at det foreligger rikholdig forvaltningspraksis om bestemmelsen, men (i hvert fall så langt vi har avdekket) ingen relevant rettspraksis. Hva gjelder forvaltningspraksis har denne sammenheng med at kommuneloven § 51 nr. 1 fastsetter at kommunale garantier for andre skal godkjennes av departementet (KRD). Denne myndigheten er, for så vidt gjelder *kommunale* garantier, delegert til fylkesmennene. Myndigheten innbefatter også kompetanse til å nekte godkjenning. *Fylkeskommunale* garantier samt saker av særlig betydning eller prinsipiell art skal fremdeles godkjennes av departementet. Departementet er også klageinstans for avslag på godkjenning vedtatt av fylkesmennene.

Dette innebærer at ethvert vedtak om en kommunal garanti må godkjennes hos fylkesmann eller departementet innen det kan gis.¹⁵⁴

Vi har hatt tilgjengelig en del av departementets vedtak (enten godkjenningsvedtak vedrørende fylkeskommunale garantier eller klagesaker), men har kun sett et på et utvalg av fylkesmannsakene. Mange av sakene vi har sett gjelder garantier til fordel for virksomhet som ikke har et utpreget gevinstformål, for eksempel innen kulturlivet eller breddeidretten. Vi vet imidlertid ikke om dette er representativt for alle kommunale garantier som gis. Særlig savner vi eksempler på de typer saker som var drøftet i forarbeidene, nemlig garantier til ”hjørnestensbedrifter” i økonomiske vanskeligheter. Vi vil anta at slike typer garantier ikke blir gitt så ofte lengre, selv om situasjonen tradisjonelt sett ikke har vært helt upraktisk. Dersom slike garantier gis, vil de kunne utgjøre et viktig kommunalpolitisk virkemiddel. På den annen side vil risikomomentet også gjøre seg gjeldende med styrke i slike tilfeller. Dette fordi det er stor fare for at garantien vil måtte realiseres av virksomhetens kreditorer.

Gjennomgående for det begrensede utvalget avgjørelser vi har hatt tilgjengelig, er at de er relativt kortfattede hva gjelder vurderingene av næringsvirksomhetsbegrepet. Avgjørelsene vi har sett danner dermed et noe kasuistisk bilde av hva slags virksomhet som omfattes av begrepet, og gir i liten grad prinsipiell tolkningsveiledning.

I tillegg kommer at stort sett de fleste garantisaker godkjennes, slik at det foreligger lite praksis om hva som positivt omfattes av næringsvirksomhetsbegrepet og dermed er forbudt etter kommuneloven. Illustrerende i så måte er følgende tabell som gir en

¹⁵⁴ Det er riktignok gitt unntak fra kravet om statlig godkjenning i garantiforskriften § 5 for garantier der maksimumsansvaret er på 500 000 kroner. Vi forstår bestemmelsen dithen at den også fritar slike mindre garantier fra godkjenning hos fylkesmannen der hvor denne er delegert slik myndighet. Både kommuner og fylkeskommuner kan dermed fatte vedtak om mindre garantier selv, men må like fullt forholde seg til forbudet mot garantier til fordel for næringsvirksomhet drevet av andre.

oversikt over fylkesmannens behandling av kommunale garantivedtak i perioden 2004 til 2012:¹⁵⁵

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Antall garantivedtak	208	180	170	127	133	165	169	142	169
Antall godkjente garantivedtak	200	175	165	125	129	154	162	133	164
Antall ikke godkjente garantivedtak	8	5	5	2	4	11	7	9	5

Ut fra det vi har sett av departementspraksis, kan det se ut som om forholdet mellom positive og negative vedtak er noenlunde tilsvarende i de tilfeller hvor departementet er godkjenning- eller overprøvelsesmyndighet.

9.1.5.2 Garantiforskriften med tilhørende rundskriv

Kommuneloven § 51 er supplert med en egen forskrift om kommunale garantier av 2. februar 2001 nr. 144 («garantiforskriften»). Garantiforskriften gir enkelte mer detaljerte regler om hvordan kommunale garantier skal utformes med tanke på form, varighet og innhold. Videre gir § 6 anvisning på det særlige, men praktiske tilfellet når en garanti stilles for tidligere gjeld ved omdanning fra kommunal virksomhet til ansvarlig selskap.

Departementet har også utarbeidet et rundskriv i form av merknader til forskriften.

9.2 Næringsvirksomhetsbegrepet – hovedtrekk ved praktisering – gevinstformål/innretning

De opprinnelige forarbeidene til kommuneloven § 51 er relativt kortfattede hva gjelder innholdet i næringsvirksomhetsbegrepet. Departementet uttaler at:

For det første fastsettes det et uttrykkelig forbud mot garantistillelse som er knyttet til næringsformål, siden kommunen/fylkeskommunen i slike tilfelle utsetter seg for en særlig økonomisk risiko hvor framtidig belastning ikke er kjent. Dette medfører at det f.eks. ikke kan garanteres for lån til en privat bedrift, når bedriften har et forretningsmessig formål med sikte på økonomisk gevinst, selv om det gjelder en bedriftsetablering som kan få innvirkning på sysselsettingen i en kommune/fylkeskommune.» (vår understreking)¹⁵⁶

I departementets rundskriv H-10/93 med merknader til den opprinnelige garantiforskriften (FOR 1993-02-09 nr. 4046) utdypes dette noe:

¹⁵⁵ Prop. 1 S (2012–2013).

¹⁵⁶ Ot. prp. nr. 42 (1991-92), side 296.

Når virksomheten utøves i et marked og formålet er å tilføre eieren en økonomisk gevinst ved drift av virksomheten, må en regne denne som næringsvirksomhet, og garantier for slike vil ikke være tillatt. Det understrekes at hvorvidt virksomheten faktisk går med over- eller underskudd ikke kan påvirke vurderingen av hvorvidt denne er å anse som næringsvirksomhet eller ikke. Ved vurdering av begrepet må det også tillegges vekt i hvilken grad virksomheten opererer i et marked som medfører reell økonomisk risiko eller ikke. Det understrekes videre at hvilke personer som er eiere av virksomheten ikke kan påvirke vurderingen av om denne er å anse som næringsvirksomhet. Dersom virksomheten er å anse som næringsvirksomhet, vil det eksempelvis være uten betydning at virksomheten er helt eller delvis kommunalt eid. (vår understreking.)

Det er med andre ord lagt avgjørende vekt på om virksomheten det vurderes å stille garanti til fordel for har et formål om økonomisk gevinst eller ikke.

I forarbeidene til endringsloven av 2000 drøfter departementet gevinstformålsvilkåret mer inngående, og slår fast at det ikke skal være tilstrekkelig at en virksomhet har *potensiale* til å oppnå gevinst, men at dette også skal følge av virksomhetens formål. Departementet uttaler om dette:

Utviklingen har gått i retning av å utviske skillet mellom virksomheter som ut fra sin karakter er offentlige, og andre typer virksomheter. Det er i dag ytterst få virksomheter som utelukkende utføres av kommuner eller fylkeskommuner. Det fremstår derfor som problematisk å legge til grunn at garantistillelser skal være avskåret for all virksomhet som har et gevinstpotensiale. En rekke tradisjonelt kommunale oppgaver vil kunne ha et gevinstpotensiale. Det er ikke ønskelig å avskjære kommunal garanti for virksomheter som har et ideelt formål i den forstand at det ikke tas sikte på å gi eieren noen økonomisk gevinst. Departementet har derfor kommet til at det bør legges avgjørende vekt på hvorvidt eieren av virksomheten har et uttrykkelig gevinstsiktemål. (våre understrekinger).¹⁵⁷

I lys av at hovedformålet bak garantiforbudet synes å være å hindre at kommunene eksponeres for økonomisk risiko, er det noe påfallende at gevinstformålselementet står så vidt sentralt. Det kan jo tenkes tilfeller av virksomhet som ikke har et økonomisk formål (for eksempel ulike idrettsarrangementer av større dimensjon) som innebærer vel så stor økonomisk risiko for kommunen som virksomhet av mer ordinær forretningsmessig karakter.¹⁵⁸ Gevinstformålselementet kan derfor muligens sies å ha vel så mye tilknytning til det tidligere vilkåret om at virksomheten det garanteres til fordel for er av kommunal interesse.

Gevinstformålselementet er derfor supplert med en vurdering av om virksomheten «opererer i et marked som medfører reell økonomisk risiko eller ikke», men som vi vil se nedenfor, hender det at risikovurderingen underordnes gevinstformålsvurderingen ved praktiseringen av bestemmelsen.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 43 (1999-2000), side 98.

¹⁵⁸ Se i samme retning Jan Fridtjof Bernt i Rettsdatas kommentar til bestemmelsen, note 771.

Basert på vår gjennomgang av utvalgt praksis fra fylkesmennene og KRD, er hovedinntrykket følgelig at risikoelementet ikke alltid er avgjørende for om garantien har vært godkjent eller ikke.

Som ett eksempel blant flere kan vises til Ørsta kommunes klage over fylkesmannens avslag på vedtak om garanti overfor Mosflata Næringsbygg AS. Departementet synes her å finne det relativt klart at oppføring og utleie av næringslokaler er å anse som næringsvirksomhet og viser til gevinstformålet ved slik virksomhet:

Føremålet til selskapet er å bygge og leige ut næringslokale. Denne verksemda og marknaden som selskapet driv i, inneber etter vår vurdering økonomisk risiko. Selskapet opnar i vedtaketene for å dele ut utbytte og må derfor også kunne seiast å ha eit økonomisk føremål som tek sikte på å tilføre eigarene økonomisk gevinst.¹⁵⁹

Vi ser i denne saken at departementet også vurderer om virksomheten opererer i et marked som innebærer økonomisk risiko, men at forholdet mellom de to vilkårene ikke kommer på spissen ettersom begge trekker i samme retning.

I tilfeller hvor virksomheten for så vidt innebærer risiko, men hvor det ikke kan sies å foreligge noe gevinstformål, har departementet like fullt godkjent garantistillelsen. Kommunale garantier til arbeidsmarkedsbedrifter kan tjene som eksempel. I en sak vedrørende garanti til arbeidsmarkedsbedriften Mona Vekst AS, uttaler departementet i så måte at:

Den produksjonsverksemda som skjer i selskapet, vil slik departementet vurderer det, isolert sett gå for å vere næringsverksam. Selskapet produserer på lik linje med andre private selskap varer og tenester, som det sel i den ordinære marknaden, og selskapet opererer då i ein marknad kor det vert utsett for økonomisk risiko. Gjennom å vere tiltaksarrangør for arbeidsmarknadstiltak kan selskapet likevel ikkje ha eit gevinstføremål, sjølv om dette ikkje går direkte fram av vedtektene til Mona Vekst AS [...] Etter ei samla vurdering meiner departementet at vedtaket om å stille garanti for Mona Vekst er lovleg.¹⁶⁰ (vår understreking).

Det må videre antas at de lovregulerte sysselsettingsformålene som ligger til grunn for denne typen virksomheter også har lagt føringer på vurderingen av om det utøves næringsvirksomhet.

Av andre typetilfeller kan nevnes at departementet har godtatt kommunale garantier til museer, kulturhus, kulturfestivaler, flerbrukshaller for breddeidrett og gallerier. Begrunnelsen har vært at dette er virksomhet som ikke har et gevinstformål, uten at avgjørelsene inneholder noen spor av at det er blitt foretatt noen grundigere vurderinger av risiko.

For å danne oss et noe mer inngående bilde over den praktiske bruken av garantistillelser, har vi fått tilgang til departementets liste over garantivedtak som er blitt godkjent av fylkesmennene i den utvalgte perioden 2000 til 2003. På et overordnet

¹⁵⁹ 10/165-2-EVV – vedtak av 11. februar 2010.

¹⁶⁰ 09/2915-2 EVV – vedtak av 8. februar 2010.

nivå har vi inntrykk av at kommunene i særlig grad garanterer for forpliktelsene til aktører som leverer lovpålagte tjenester.

For det første relaterte omkring en fjerdedel av de godkjente garantiene seg helt eller delvis til forpliktelser knyttet til tilbud av barnehageplasser.¹⁶¹

Videre gjaldt mange garantistillelser til pleiehjem, omsorgs- og sosialboliger.

For det tredje garanterer kommuner ofte for forpliktelser som muliggjør sosiale tilbud av mer rekreasjonell karakter, herunder kultur og idrettsaktiviteter. Garantien kan typisk relatere seg til forpliktelser knyttet til fysiske gjenstander, som materiell eller infrastruktur. Som eksempler nevnes her lån knyttet til oppføring og modernisering av idrettsanlegg, flerbrukshaller og kulturhus.

Fra denne gjennomgangen er det også grunn til å nevne at noen av de godkjente garantiene er gitt til fordel for kommunale tomteselskaper. Slike selskaper vil kunne drive tomteutvikling etter en relativt kommersiell modell i konkurranse med private aktører.

Når det gjelder innholdet av konkrete godkjennelser, er det videre grunn til å trekke frem Fylkesmannen i Oslo og Akershus' godkjenning av Oslo kommunes garanti for lån til Ruter AS for finansiering av nytt billett- og betalingssystem.¹⁶² Fylkesmannen uttaler kort at han legger til grunn at:

opplysningene i kommunens saksfremlegg om at Ruter AS er et administrasjonsselskap som ikke har til formål å skaffe eierne (Oslo kommune og Akershus fylkeskommune) økonomisk vinning.

Altså ble manglende gevinstformål tillagt avgjørende vekt. I ettertid har det som kjent vist seg at engasjementene i denne saken ikke har vært helt fri for økonomisk risiko.

Oslo kommune har videre fått godkjent garantistillelse til produksjonsselskapene innenfor kollektivtransporten; KTP AS og Oslo Vognselskap. Vi har ikke sett fylkesmannens godkjennelse av disse garantiene, men vi vil anta at det, dersom det i dag ble bedt om å godkjenne garantier til Sporveien AS (tidligere KTP AS), ikke ville ha vært åpenbart at selskapet ikke drev næringsvirksomhet.

På den annen side finnes det eksempler på at garantier til flyplassdrift, idrettsanlegg som benyttes av toppfotballklubber og ulike former for utleie av lokaler til konferanser etc. har blitt underkjent fordi aktiviteter som utøves av selskapet det er tale om å garantere til fordel for utgjør næringsvirksomhet.

Her er det imidlertid viktig å påpeke at kommunelovens garantiadgang relaterer seg til garantiobjektet samlet sett (og ikke til de enkelte delaktivitetene). Det åpnes dermed for at det kan stilles garanti til blandet virksomhet, så sant næringsvirksomheten utgjør en liten del av selskapets virksomhet og er underordnet hva gjelder selskapets formål. Et eksempel kan være departementets godkjennelse av garantistillelsen til fordel for Inspiria, som i tillegg til å være et vitensenter, også driver begrenset næringsvirksomhet i form av arrangementer, utleie av konferanselokaler og næringslokaler.¹⁶³

¹⁶¹ Her er fylkeskommuners garantistillelser ikke medregnet.

¹⁶² Fylkesmannen i Oslo og Akershus' vedtak av 5. januar 2010 – 2009/26579 FM-K.

¹⁶³ 12/651-2, vedtak av 27. april 2012.

Et annet eksempel er departementets godkjenning av garantistillelsen til fordel for Grieghallen.¹⁶⁴ Etter å ha vist til at forarbeidene åpner for at det kan garanteres for virksomhet hvor deler av virksomheten er næringsvirksomhet, uttaler departementet:

«Verken lovtekst eller forarbeider gir klare holdepunkter for hvor stor andelen [næringsvirksomhet] kan være i en virksomhet før den totale virksomheten må anses å falle inn under næringsbegrepet. Ut fra lovens intensjon vil det likevel være et naturlig krav at denne delen av virksomheten må fremstå som både liten sammenholdt med den totale virksomheten og underordnet med hensyn til selskapets hovedformål.» (vår understreking.)

Etter en konkret vurdering fant departementet at Grieghallens næringsaktivitet i form av arrangement av konferanser, møter og lignende var av et slikt omfang at garantien ikke kunne godkjennes.

Hva gjelder mer spesifikt om sontringen mellom breddeidrett og toppidrett er Fylkesmannen i Østfolds vedtak vedrørende garanti overfor Fredrikstad fotballklubb illustrerende. Fylkesmannen uttaler her:

Det er tidligere godkjent kommunale garantier i forhold til Akerhallen AS i Molde og Halden Ishall AS her i fylket. Disse selskapene ble vurdert til ikke å ha næringsmessige formål. Det var i vedtektene da presisert at selskapet var uten økonomisk formål. Det og at eventuelt overskudd skulle anvendes til breddeidrett i klubben, og ikke utbetales til eierne i form av utbytte. [...] Den økonomiske garantien kommunen har gitt i denne saken er knyttet til drift av en fotballklubb på eliteserienivå og ikke til for eksempel breddeidrett eller et idrettslag som kommer innbyggerne i kommunen direkte til gode. Etter en samlet vurdering har vi derfor kommet til at store deler av FFK-selskapenes virksomhet sett under ett, utøves i et marked med en reel økonomisk risiko og med formål om fortjeneste. Virksomheten må derfor anses som næringsvirksomhet i kommunelovens forstand, og forbudet mot å gi kommunal garanti gjør seg gjeldende.¹⁶⁵

Et særlig, men presumptivt praktisk tilfelle av kommunale garantier gjør seg gjeldende når virksomhet som tidligere har vært drevet av kommunen skilles ut i et selskap med begrenset ansvar.

Dette reguleres særskilt i garantiforskriften § 6 som lyder:

Kommuner og fylkeskommuner kan garantere for gjeld de tidligere har hatt direkte ansvar for, når virksomhet som kommunen eller fylkeskommunen tidligere har drevet selv skilles ut i et selskap med begrenset ansvar, og gjelden samtidig overføres til selskapet. Det samme gjelder der virksomhet som har vært drevet av et interkommunalt selskap med ubegrenset deltakeransvar overføres til et selskap med begrenset ansvar.

Garantier som omhandlet i første ledd skal godkjennes av statlig myndighet på vanlig måte.

¹⁶⁴ 11/2855-1, vedtak av 11. mai 2012.

¹⁶⁵ Fylkesmannen i Østfolds vedtak vedrørende forlenget garanti til fordel for Fredrikstad fotballklubb av 11. november 2009 – 2009/5531 334 TU.

Ettersom forskriftsteksten ikke stiller som vilkår at det nye selskapet ikke driver næringsvirksomhet, kan det se ut som om forskriften innebærer et unntak fra hovedregelen i § 51 nr. 2 om at det ikke kan gis slike kommunale garantier. Forholdet er imidlertid at gjelden det i slike tilfeller garanteres for, opprinnelig er tatt opp av kommunen selv, og at kommunen dermed ikke påtar seg noe mer ansvar eller risiko ved å garantere for denne når gjeldsansvaret overtas av selskapet. Ettersom det ikke var intensjonen at garantiforbudet skulle stå i veien for omorganiseringer av kommunenes virksomhet, inntok man bestemmelsen i garantiforskriften § 6.

KRD har dessuten i en prinsipiell avgjørelse vedrørende omdanningen av Sogn og Fjordane Energiverk AS («SFE») slått fast at garantiforskriften § 6 også gjelder senere omdanninger og omstruktureringer av selskapet det garanteres til fordel for, med den følgen at det vil foreligge ytterligere et debitorskifte.¹⁶⁶ Forholdet var her at man fusjonerte SFE med et annet selskap og deretter ønsket at gjeldsansvaret skulle ligge i et nytt morselskap i den nye konsernstrukturen. KRD slo i denne avgjørelsen fast at garantiforbudet heller ikke skal stå i veien for slike senere omstruktureringer der hvor dette anses hensiktsmessig. Det må antas å være en forutsetning at gjelden det garanteres for forblir den samme etter omstruktureringen.

9.3 Begrepet økonomisk aktivitet i EØS-avtalen, jf. særlig punkt 5

Som vi har gjennomgått i detalj i kapittel 5, er foretaksbegrepet og hva som forstås som økonomisk aktivitet i statsstøtteren blitt tolket forholdsvis vidt. Det skal med andre ord relativt lite til for at en enhet anses å utøve økonomisk virksomhet. Vi minner i så måte om at flere kategorier av virksomhet som er typisk ”non-profit-virksomhet» like fullt vil være omfattet av foretaksbegrepet hvis virksomheten yter varer og tjenester i et marked. Vi viser til kapittel 5 for den nærmere gjennomgangen av begrepet.

9.4 Sammenlikning mellom forbudet i kommuneloven § 51 og bestemmelsene om offentlig støtte

Som det fremkommer av fremstillingen ovenfor, er det ved praktiseringen av bestemmelsene ofte, men langt fra i alle tilfeller, sammenfall mellom hva som omfattes av foretaksbegrepet i statsstøtteren¹⁶⁷ og hva som omfattes av næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven § 51.¹⁶⁸

Vi minner her om at de to reglene har et noe ulikt formål og at vurderingstemaet dermed er noe forskjellig.

Statsstøttereglenes primærformål er som kjent å sørge for like konkurransevilkår på markedet, herunder at foretak som opererer i et marked i konkurranse med andre ikke får støtte i større utstrekning enn det som anses godtakbart, da støtte anses å være skadelig for konkurransen på det aktuelle markedet.

Vurderingen av hva som er et foretak eller ikke vil derfor ha et naturlig utgangspunkt i om virksomhetene det ytes støtte til opererer i et *marked* eller ikke.

¹⁶⁶ 03/238-3 JOS – vedtak av 10. juni 2003.

¹⁶⁷ Og som dermed i mange tilfelle er å anse som offentlig støtte.

¹⁶⁸ Og som dermed rammes av forbudet mot garantier.

I motsetning til hva som er tilfelle under statsstøttereglene, er ikke kommuneloven § 51 ment å beskytte *markedet og/eller konkurrentene* til virksomheten det gis garanti til fordel for. Bestemmelsen er først og fremst ment å skulle beskytte kommunene mot den økonomiske risikoen garantier for næringsvirksomhet kan medføre. Som vi har sett, tilsier imidlertid praktiseringen av bestemmelsen også at man ser hen til om det foreligger en særlig kommunal eller offentlig interesse i å garantere for virksomheten, herunder særlig om oppgaven virksomheten utfører er lovpålagt. I de tilfeller hvor man har godkjent en garanti fordi virksomheten ikke har gevinstformål, kan kommunalpolitiske hensyn synes å være tillagt vel så mye vekt som hensynet til en forsvarlig kommuneøkonomi.

Ved en sammenlikning av de mer konkrete tilfellene under de to regelsettene, fremkommer det, som nevnt ovenfor, at vurderingen ikke alltid blir sammenfallende. Slik sett vil i mange tilfeller virksomheter som ikke har et gevinstformål og som dermed ikke anses som næringsvirksomhet etter kommuneloven § 51, like fullt operere på et marked og følgelig anses som et foretak som må forholde seg til støttereglene. I slike tilfeller vil følgelig godkjenningen av en kommunal garanti også måtte vurderes i lys av reglene om offentlig støtte.

Noen typiske eksempler på dette finner vi innen kultursektoren. Kulturvirksomhet vil ofte omfattes av statsstøttereglene, i hvert fall i de tilfellene hvor det aktuelle arrangementet tiltrekker seg et betalende publikum av et visst omfang. På den annen side er det mange eksempler på at kommunale garantier er gitt til kulturelle aktiviteter uten at dette har vært ansett å være i strid med kommuneloven § 51. At det gis garantier som godkjennes etter kommuneloven § 51 i slike tilfeller, gir derfor ingen sikkerhet for at tiltaket også går klar av støttereglene i EØS-avtalen.

Hva gjelder idrett, synes det å være en viss grad av parallellitet i regelsettene når det gjelder sondringen mellom breddeidrett og toppidrett, sammenlign punkt 5.5.7 (foretaksbegrepet) og beskrivelsen av næringsvirksomhetsbegrepet ovenfor. Imidlertid kan det innen denne kategorien også oppstå grensespørsmål hvor nok støtteregelverket setter snevrere rammer om hva som tillates enn det kommuneloven gjør.

Noen vedtak er åpenbart uproblematisk i lys av begge regelsett, slik som for eksempel garantier for det lokale breddeidrettslagets låneopptak i forbindelse med leggingen av nytt kunstgress.

Andre garantistillelser kan imidlertid stå i et mer tvilsomt forhold til støtteregelverket. For eksempel vil alpinanlegg etter omstendighetene konkurrere i markeder.¹⁶⁹ En annen type idrettsanlegg som kan drives på kommersiell basis, og som følgelig ofte vil omfattes av støtteregelverket, er golfbaner. Oversikten over godkjente garantivedtak fra perioden 2000-2003 inneholder likevel eksempler på garantier til fordel for denne typen anlegg.

Når det gjelder flerbrukshaller og kulturhus, benyttes disse til en viss utstrekning også til aktiviteter som isolert sett vil måtte betegnes som næringsvirksomhet. Det vil for eksempel ikke være upraktisk at slike anlegg og lokaler leies ut til bruk av

¹⁶⁹ For et praktisk eksempel på spørsmål om kommunal garanti for utgifter knyttet til alpinanlegg, se kommunal avklaring om Vestvatn alpinanlegg, Bodø kommune arkivnr. C20.

privatarrangører av konserter, messer eller lignende.¹⁷⁰ Derfor er det noe upresist når Bergen kommune i saken om garanti til Kulturhuset USF legger til grunn at «*innenfor loven er det ingen hindringer for å gi kommunal garanti til fremming av kunst- og kulturvirksomhet*».¹⁷¹

Som vi har sett, tillates kommunale garantier til slik virksomhet så lenge næringsvirksomheten er av mindre omfang og underordnet det kulturelle hovedformålet.¹⁷² Etter støttereglene vil imidlertid slik blandet virksomhet føre til at virksomheten som helhet omfattes av dette regelverket.

Et annet forhold som kan aktualisere spenningen mellom garantireglene og støttereglene, er at det foretas en bruksendring hvor virksomheten etter ombygging delvis kan benyttes som ledd i potensiell næringsvirksomhet. Et eksempel er Namsskogan kommunes garanti knyttet til ombyggingen av Trones Svømmehall til treningssenter.¹⁷³ Ettersom det eksisterer et marked for private treningssentre, vil tilbud av treningslokaler som regel omfattes av støttereglene.¹⁷⁴ Videre taler mye for at tomteselskapene som er nevnt over som begunstigede for kommunale garantier er omfattet av støttereglene.

Hva gjelder de kommunale barnehagene, har vurderingene etter de to regelsettene vært sammenfallende i den forstand at slike barnehager verken har vært ansett som foretak etter støttereglene eller som næringsvirksomhet etter garantireglene i kommuneloven.

Vi har for øvrig ikke sett noen eksempler på virksomhet som ikke anses som foretak etter støttereglene, men som omfattes av næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven § 51 nr. 2. Dette er også naturlig, ettersom virksomhet som ikke utgjør et foretak som regel heller ikke opererer med noe gevinstformål. Vårt tilfang av saker er imidlertid ikke fullstendig nok til at vi kan konkludere med at slike tilfeller ikke finnes.

Det er dermed først og fremst i de tilfellene hvor en virksomhet for så vidt ikke har gevinstformål, men like fullt opererer i et marked, at det kan være avvik mellom vurderingen etter de to regelsettene. Sakene om arbeidsmarkedsbedriftene kan også tegne som en illustrasjon på dette. Mens det under kommuneloven har vært godtatt å stille garantier til slike bedrifter fordi de ikke primært har et gevinstformål, har det på den annen side vært slått fast at slike bedrifter utgjør foretak og at offentlig støtte, herunder garantier, i utgangspunktet er forbudt etter statsstøttereglene.

Et annet typetilfelle hvor det vil foreligge en spenning mellom praktiseringen av garantiforbudet på den ene siden og statsstøttereglene på den annen side, er i omstruktureringstilfellene. Som vi så i punkt 9.1.5.2, åpner garantiforskriften § 6 for at kommunen stiller garanti i slike tilfeller, forutsatt at garantien knytter seg til gjeld

¹⁷⁰ I praksis vil garantibeløpene kunne være betydelige, jf. f.eks. Namsos kommunestyres vedtak i sak 14/11 den 24.03.11 vedrørende garanti for mellomfinansiering til Opplevelsessenteret – Trønderrockmuseet.

¹⁷¹ Bergen Byråd, sak 291/11 av 19. oktober 2011, på s. 4 tilgjengelig på https://www.bergen.kommune.no/bk/multimedia/archive/00117/Kommunal_garanti_p__117714a.pdf

¹⁷² Jf. saken om Grieghallen referert ovenfor.

¹⁷³ Namsskogan kommunes vedtak av 05.12.2008 vedrørende garanti knyttet til ombyggingen av Trones Svømmehall.

¹⁷⁴ Se til illustrasjon ESAs vedtak i saken om Kippermoen Treningssenter 90/13/COL, avsnitt 21.

som kommunen selv opprinnelig har tatt opp. En slik garanti kan i utgangspunktet gis uavhengig av om det nye selskapet driver næringsvirksomhet.

Som vi har sett i punkt 6, reiser imidlertid opprettelsen av kommunale selskaper en rekke statsstøtterettslige problemer. Dersom det nye selskapet får med seg en «dåpsgave» som ikke kan forsvares under hensyntagen til markedsinvestorprinsippet, vil dette i utgangspunktet anses som ulovlig statsstøtte. Det kan langt fra utelukkes at en kommunal garanti for den gjelden som overtas av det nye selskapet vil støte an mot markedsinvestorprinsippet.

Forskjellene mellom praktiseringen av kommuneloven § 51 og reglene om offentlig støtte, synes, som eksemplene ovenfor viser, oftest å være slik at næringsvirksomhetsbegrepet forstås snevrere enn foretaksbegrepet. Dette har dermed den følgen at enkelte garantier som er tillatt etter kommuneloven § 51 også må være i overenstemmelse med statsstøttereglene for å være lovlige, fordi garantien omfattes av disse reglene.

Som drøftet i punkt 6, er det ofte statsstøtterettslig problematisk å yte offentlige garantier, særlig når dette skjer uten å knytte noen særlige vilkår til garantien og dessuten når slike garantier gis til drift og ikke til investeringer. Kommunale garantier som godkjennes etter kommuneloven § 51 vil derfor ofte anses som statsstøtte i henhold til EØS-avtalens regler.

Det er imidlertid viktig å minne om at det forhold at det gis kommunal garanti til en virksomhet som anses som et foretak etter statsstøttereglene ikke er ensbetydende med at garantien er *ulovlig*. Som vi har sett, inneholder statsstøttereglene et rikholdig register av unntakshjemler som muligens kan anvendes.

Vi vil like fullt anta at de kommunale garantiene sjelden er modellert av kommunen for å tilfredsstille de spesifikke unntakshjemplene i statsstøtteretten, og at de ofte, både med hensyn til intensitet, vilkår og øvrige karakteristika, må endres for å kunne gå klar av støttereglene.

Bruk av unntakshjemplene vil også ha prosessuelle konsekvenser, ettersom støtte i henhold til unntakshjemler forutsetter at man følger visse nærmere fastsatte fremgangsmåter for tildeling av støtte.

9.5 Harmonisering av begrepene

9.5.1 Forholdet mellom reglene – innledning

Vi er avslutningsvis bedt om å vurdere «*i hvilken grad det er mulig og/eller hensiktsmessig å harmonisere kommuneloven med støttereglene i større grad, samtidig som de ulike formålene bak de respektive regelverkene ivaretas, samt skissere hvordan en slik lovendring (av kommuneloven § 51) eventuelt kan utformes.*»¹⁷⁵

Forholdet mellom kommunelovens forbud mot garantier til fordel for næringsvirksomhet som drives av andre og statsstøttereglene ble problematisert av departementet forut for endringsloven i 2000. Det uttales i så måte i forarbeidene at:

¹⁷⁵ Konkurranses grunnlaget, bilag 1 til avtalen.

Kommunale garantier for næringsvirksomhet vil etter omstendighetene kunne være i strid med EØS-avtalen – forbudet mot offentlig støtte med konkurransevridende effekt. Dette vil avskjære kommuner fra å stille slike garantier utover det som er tillatt etter disse reglene. Lov om offentlig støtte (lov av 27. november 1992 nr. 117) vil sette rammer for hvor mye støtte som er tillatt etter EØS-avtalen. Det må derfor vurderes om disse reglene vil begrense kommunale garantistillelser for næringsformål slik at hensikten bak dagens forbud i praksis oppnås uten særskilt regulering i kommuneloven.

Det klare tilfelle er at en kommune ikke over lengre tid har anledning til å holde kunstig liv i en virksomhet ved hjelp av kommunale garantier, hvis virksomheten ville gått konkurs uten slik garanti. Dette er i strid med konkurransereglene. Forutsetningen er imidlertid at kommunen opptrer gunstigere overfor virksomheten enn det en sammenlignbar privat investor ville gjøre. Hvis kommunen ikke opptrer annerledes enn en privat investor, vil det ikke være i strid med forbudet mot offentlig støtte. Det vil imidlertid være utpreget skjønnsmessige vurderinger som avgjør om en kommunal garanti er i strid med forbudet mot offentlig støtte.

Departementet vurderer det derfor slik at begrensninger for kommunale garantistillelser overfor næringsvirksomhet fortsatt må stå i kommuneloven, dersom slike begrensninger skal være effektive.¹⁷⁶ (våre understrekinger.)

Man fant altså at kommunelovens forbud hadde en selvstendig verdi utover statsstøttereglene. Det må antas at det var risikobetraktninger som gjorde seg gjeldende, ettersom man ved bruk av unntakshjemlene i statsstøtteretten like fullt kunne komme til å utsette kommunen for betydelig økonomisk risiko.

I litteraturen har det vært tatt til orde for en utvidende tolkning av næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven i lys av statsstøtteretten:

Grensedragningen her [hva gjelder næringsvirksomhetsbegrepet] vil imidlertid i siste instans måtte bero for hvordan de ulike typer organisering og støtte vurderes i forhold til statsstøttereglene i EU-systemet. Hvis en garantistillelse anses som ulovlig i forhold til statsstøttedirektivet, vil det også være naturlig å anse den som i strid med forbudet i § 51 nr. 2.¹⁷⁷

Vi stiller oss noe tvilende til om det er dekning for en slik generell harmoniserende tolkning av bestemmelsen, nettopp fordi formålet bak bestemmelsene er noe ulik. At garantien uansett ikke kan stilles dersom den er ulovlig etter statsstøttereglene er imidlertid utvilsomt.

At heller ikke departementet har avklart forholdet mellom kommuneloven § 51 og statsstøttereglene gjenspeiles i nyere overprøvingspraksis fra departementet, hvor det ved godkjenning av garantier normalt tas uttrykkelig forbehold om at departementet ikke har tatt stilling til om garantien er forenelig med statsstøttereglene.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 43 (1999-2000), side 95-96.

¹⁷⁷ Jan Fritdjof Bernt i Rettsdatas kommentar til kommuneloven § 51, note 771.

9.5.2 Konkrete forslag til harmonisering – alternativer

Man kan tenke seg ulike måter å harmonisere bestemmelsene på. Den kanskje mest drastiske er den departementet er inne på i forarbeidene, nemlig å avskaffe kommunelovens forbud i sin helhet og la garantistillelse reguleres av statsstøttereglene alene. En slik løsning ville retts teknisk sett ha vært enkel og forutsigbar for kommunene, ettersom det i denne sammenhengen kun ville være ett regelsett å forholde seg til når kommunen ønsker å stille garanti for annen næringsvirksomhet.

Det kan også reises spørsmål ved om det er nødvendig med en særregulering av akkurat garantitilfellene, ettersom det også kan tenkes andre former for økonomisk engasjement fra kommunenes side som eksponerer kommunen for risiko.

Når det er nevnt, er nok garantiene særlig risikable for kommunene fordi de ikke er avhengig av budsjettmessig dekning og således enkelt kan stilles dersom det er ønsket av politiske grunner.

Uansett vil vi anta at departementets begrunnelse for å beholde bestemmelsen, til tross for et visst overlapp med statsstøttereglene, fremdeles er relevant. At det er et selvstendig formål å forhindre at kommunene eksponeres for den eventuelle risikoen en garantistillelse for annen næringsvirksomhet kan medføre, taler for at kommunelovens forbud opprettholdes parallelt med statsstøttereglene.

Riktignok kan det diskuteres om ikke også statsstøtterettens kontrollmekanismer er tilstrekkelige til å forhindre at kommunen utsettes for uønsket finansiell risiko. Særlig aktuelt er dette ved kommunale garantier til fortsatt drift av kriserammede bedrifter, hvilket som regel vil innebære stor risiko. Ettersom garantier i slike situasjoner vil være vanskelig å forene med statsstøttereglene, vil etterlevelse av sistnevnte regelverk trolig utgjøre en tilstrekkelig beskyttelse for kommunene.

Samlet sett er det nok likevel mulig at unntaksmulighetene etter statsstøttereglene gir åpninger for å yte garantier som ikke er økonomisk forsvarlige, og at statsstøttereglene derfor ikke alene vil forhindre at kommunene, ved å stille garantier, utsetter seg for uønsket risiko. Som et eksempel på dette kan nevnes unntakshjemplene som knytter seg til typisk risikovirksomhet (for eksempel venturekapital/entreprenørvirksomhet), hvilke åpner for støtte som nok vil antas å stride mot formålet bak kommunelovens garantibestemmelse.

En totalharmonisering vil potensielt også skape utfordringer i forhold til godkjenning sinstituttet ettersom det vil fremstå som uklart om en slik harmonisering innebærer at fylkesmennene/departementet også må prøve lovligheten av hvert enkelt garantivedtak opp mot støtteregelverket. Dette vil i så fall være problematisk ettersom det utelukkende er ESA som besitter kompetansen til å godkjenne offentlig støtte.

En annen mulighet vil være å harmonisere forståelsen av næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven med det statsstøtterettslige foretaksbegrepet, slik at det i alle tilfeller skal være samsvar mellom de to begrepene. Fordelen med en slik løsning er, foruten den retts tekniske forenklingen, at man ved forståelsen av næringsvirksomhetsbegrepet får mer rikholdige og nyanserte rettskilder å forholde seg til, ettersom foretaksbegrepet er blitt vurdert og drøftet langt mer inngående i EØS/EU-retten enn det næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven er blitt gjort til gjenstand for.

Også dette alternativet kan ha noen klare ulemper. Ettersom vi legger til grunn at foretaksbegrepet omfatter flere typer virksomheter enn det næringsvirksomhetsbegrepet gjør, vil det absolutte forbudet i kommuneloven favne videre enn ved dagens praktisering. Harmoniseringen vil derfor for eksempel kunne føre til at garantier til fordel for virksomhet forbyr, til tross for at disse ikke har et gevinstformål. Dette vil være tilfelle hvor virksomheten opererer i et marked i potensiell konkurranse med annen virksomhet. Ved at garantier til fordel for slik virksomhet (for eksempel arbeidsmarkedsbedrifter) underlegges et absolutt forbud, vil man miste en mulig politisk ønsket mulighet til å støtte slike bedrifter, i tråd med hva dagens regler gir rom for. Som nevnt, vil statsstøttereglene, hvis fleksibilitet ligger i unntakshjemplene, i mange tilfeller også kunne hjemle slike tiltak. I henhold til statsstøttereglene vil garantier til fordel for foretak i mange tilfeller kunne gis i henhold til et unntak fra statsstøtteforbudet eller fordi et av de øvrige vilkårene i statsstøtteforbudet ikke er oppfylt (se punkt 4.2). En fullharmonisering vil fjerne denne fleksibiliteten.

Vi vil anta at en slik manglende fleksibilitet muligens ikke er en ønsket løsning.

Gitt at man fremdeles ser verdien av et selvstendig forbud mot garantier stilt av kommunene overfor annen næringsvirksomhet på grunn av den risiko slike garantier kan utsette kommunene for, bør det ikke skje noen formell harmonisering mellom næringsvirksomhetsbegrepet i kommuneloven § 51 og det statsstøtterettslige foretaksbegrepet.

Denne vurderingen vil etter vår oppfatning falle tilsvarende ut dersom man ser hen til det andre mulige formålet bak kommuneloven § 51, nemlig et ønske om å regulere hva kommunene egentlig skal engasjere seg i. Statsstøttereglene er på sin side helt nøytrale til hvilken type virksomhet det offentlige engasjerer seg i, så lenge dette ikke gir denne virksomheten en fordel overfor sine konkurrenter som er uforenelig med regelverket. Statsstøttereglene vil derfor uansett ikke være et egnet rettslig virkemiddel for å regulere hvilken type virksomhet kommunen engasjerer seg i, herunder om det foreligger særlige kommunale interesser for et slikt engasjement.

At forvaltningen må hensynta flere regelverk når man skal fordele rettigheter og plikter er ikke noe særegent. Etter vår oppfatning er det heller ikke særlig problematisk hva gjelder den aktuelle problemstilling. Dette gjelder selv om det skulle oppstå tilfeller som faller utenfor foretaksbegrepet, men innenfor næringsvirksomhetsbegrepet, og dermed er forbudt etter kommuneloven § 51, uten å være det etter statsstøtteretten. Som antydnet ovenfor, har vi ved gjennomgangen av utvalgt praksis, ikke kommet over noen klare eksempler på dette, men kan ikke utelukke at det kan tenkes slike tilfeller. Etter vår oppfatning er det imidlertid ikke noe uvanlig eller spesielt uheldig at et tiltak som ikke omfattes av statsstøttereglene skulle være forbudt av andre grunner.

Eksistensen av to parallelle regelsett skaper nok likevel forvirring hos brukerne (kommunene). Selv om departementet både i forarbeidene og i sine avgjørelser, etter vår oppfatning, har vært relativt klare på at en godkjennelse av en garanti etter kommuneloven § 51 nr. 2 ikke gir noen sikkerhet for at garantien også går klar av statsstøttereglene, er vi ikke trygge på at alle kommuner er like beviste på denne distinksjonen. Det kan snarere tvert imot være grunn til å tro at enkelte kommuner vil forstå det slik at dersom noe er godkjent av fylkesmann eller departement etter kommunelov § 51, vil det også være tillatt etter statsstøttereglene.

Dersom man ikke harmoniserer bestemmelsene, vil det derfor potensielt være en risiko for flere brudd på statsstøttereglene.

Slike brudd kan i noen grad hindres ved hjelp av økt veiledning fra departementets/fylkesmennenes praktisering av bestemmelsen/overprøving av kommunale vedtak.

En alternativ fremgangsmåte kan være å klargjøre i kommuneloven § 51, eventuelt i notene til denne, at garantier som godtas etter bestemmelsen uansett må være i samsvar med statsstøttereglene. Dette kan gi en betydelig instruktiv verdi overfor brukerne av bestemmelsen. Vi vil overlate til departementet hvordan man i så fall rent konkret kan gjøre dette, det være seg ved eksplisitt å skrive det inn i lovteksten, gjennom en ren henvisning til statsstøttereglene eller på annen måte. Vi antar at det pågående arbeidet med kommunelovrevisjonen vil være en velegnet anledning til å vurdere hvorvidt man skal foreta en slik klargjøring.