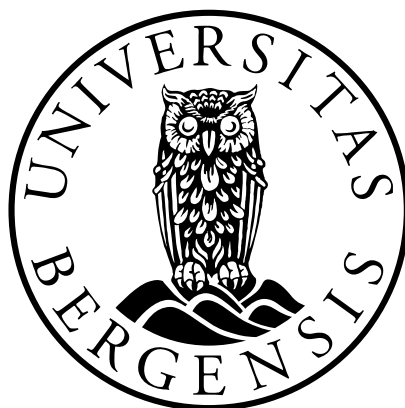


En analyse av IKS-loven i lys av EØS- avtalens statsstøtteregler

*Er IKS-loven problematisk etter gjeldende statsstøtterett?
På hvilken måte er det i så fall mest hensiktsmessig å endre IKS-
loven, for å forhindre statsstøtterettslige problemer?*

Kandidatnummer: 29

Antall ord: 13 653



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Begrepsavklaringer.....	6
1.2.1	Interkommunale selskaper.....	6
1.2.2	Statsstøtte	7
1.3	IKS-loven og tilgrensende lovgivning	8
1.4	Rettskildesituasjonen og metode	10
1.4.1	Rettskilder og argumentasjonskilder	10
1.4.2	EU-domstolen, EFTA-domstolen og ESA	11
2	EØS-avtalen art. 61 (1).....	13
2.1	Presentasjon av vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1).....	13
2.2	Avklaring av gjeldende statsstøtterett	14
2.2.1	Fordelsvilkåret.....	14
2.2.2	Statsmiddelvilkåret.....	16
2.2.3	Selektivitetsvilkåret.....	17
2.2.4	Konkurransesvridningsvilkåret	18
2.2.5	Samhandelsvilkåret	20
2.2.6	Særlig om foretaksvilkåret	21
2.2.6.1	Vurderingstema og vurderingsmomenter	23
2.2.6.1.1	”Blandet” virksomhet	23
2.2.6.1.2	Levering av markedstjeneste	24
2.2.6.1.3	Vederlag for tjenesten	28
2.2.6.1.4	Utøvelse av offentlig myndighet.....	29
2.2.6.1.6	Tjenestelevering i egenregi	31
2.3	Konklusjon	33
3	På hvilken måte er det mest hensiktsmessig å endre IKS-loven? ...	36
3.1	Sentrale endringsalternativer.....	36
3.1.1	Begrenset ansvarsform og opphevelse av konkursforbudet.....	36
3.1.2	Innsnevring av anvendelsesområdet.....	36
3.1.3	Innføring av et skille i IKS-loven.....	37

3.2	Hvilket endringsalternativ er mest hensiktsmessig?	37
3.2.1	Sentrale hensyn	37
3.2.1.1	En retts teknisk enkel regel	38
3.2.1.2	Etablerte IKS-er som ikke er ”foretak”	39
3.2.1.3	Medkontrahenter og andre berørte parter	40
3.2.1.4	Hvor mange relativt klare tilfeller av ”foretak” foreligger?	41
3.3	Konklusjon	42
4	Kilderegister	45
4.1	Lover	45
4.2	Traktater	45
4.3	Forarbeider	46
4.4	Juridisk litteratur	46
4.5	Offentlige dokumenter	47
4.6	Rettspraksis	48
4.7	ESAs vedtak og EU-kommisjonen	49
4.8	Vedlegg	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven handler om interkommunale selskaper (heretter forkortet IKS) i et statsstøtterettslig perspektiv. Dette temaet ble særlig aktuelt etter at Kommunal- og moderniseringsdepartementet (heretter forkortet KMD) høsten 2014, publiserte et høringsnotat vedrørende IKS-er og statsstøtteregele.¹ Konklusjonen som følger av høringsnotatet var at lov om interkommunale selskaper (heretter forkortet IKS-loven), bør endres for å være i samsvar med statsstøtteregele.² Departementet fremsatte et forslag om å endre ansvarsformen for IKS-ene, fra et ubegrenset ansvar til et begrenset ansvar for selskapsforpliktelsene. I tillegg ble det foreslått å oppheve konkursforbudet som i dag gjelder for IKS-er.³

Det foreliggende endringsforslaget har imidlertid møtt en del kritiske innvendinger fra ulike aktører. Motargumentene har særlig blitt fremmet av en del kommuner⁴, allerede etablerte IKS-er⁵, samt kommunenes arbeidsgiverorganisasjon KS Bedrift.⁶ Dersom en sammenligner synspunktene som lå til grunn for endringene foreslått av KMD, med innvendingene mot endringsforslagene, synes uenigheten for det første å gjelde hvor mange av IKS-ene som faktisk omfattes av statsstøttebestemmelsen i EØS-avtalen art. 61 (1). Denne uenigheten omhandler dermed i hvor stor grad IKS-lovens regler er problematiske i et statsstøtterettslig perspektiv. For det andre foreligger det uenighet om hvor omfattende og drastiske endringer i IKS-loven, som bør vedtas.

Denne masteroppgaven har som formål å undersøke nærmere om IKS-loven er problematisk i et statsstøtterettslig perspektiv. Dette konkretiseres gjennom følgende problemstilling for avhandlingen:

¹ Det kongelige kommunal- og moderniseringsdepartement (KMD), 2014, "Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper".

² KMD, 2014, "Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper", side 4 og 5, punkt 1.

³ KMD, 2014, "Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper", side 4-5, punkt 1.

⁴ Høringssvar fra eksempelvis Sandnes kommune og Skedsmo kommune.

⁵ Høringssvar fra eksempelvis IVAR IKS.

⁶ Høringssvar fra KS Bedrift.

Er IKS-loven problematisk etter gjeldende statsstøtterett? På hvilken måte er det i så fall mest hensiktsmessig å endre IKS-loven, for å forhindre statsstøtterettslige problemer?

Denne problemstillingen angir en todelt ramme for masteroppgaven. Først skal avhandlingen besvare om IKS-loven er problematisk etter gjeldende rett om statsstøtte. Med gjeldende statsstøtterett siktes det til bestemmelsen i EØS-avtalen art. 61 (1). I forbindelse med denne delen av avhandlingen, er det helt sentralt å foreta en grundig analyse av hva som utgjør gjeldende statsstøtterett for IKS-er etter EØS-avtalen art. 61 (1). En inngående rettslig behandling av vilkårene i statsstøttebestemmelsen, er det sentrale for denne rettsdogmatiske analysen. Likevel er det ikke mulig å avklare alle rettsspørsmål som oppstår i forbindelse med problemstillingen. Avhandlingen behandler derfor et utvalg av sentrale rettsspørsmål som oppstår under avklaringen av gjeldende statsstøtterett for IKS-ene.

Det fokuseres på å behandle rettsspørsmål som omhandler tjenestevirksomhet, da dette reiser flere spørsmål enn for varevirksomhet. Likevel vil flere av drøftelsene også være relevante for virksomhet som omhandler levering av varer. Selve den rettslige analysen av hvorvidt IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett er generell, men det gis gjennomgående konkrete eksempler fra et utvalgt IKS.⁷ Dette for å illustrere hvordan EØS-avtalen art. 61 (1) reiser flere kompliserte rettslige spørsmål, i en konkret rettsanvendelsesprosess. Det er likevel ikke slik at konklusjonene som trekkes for dette IKS-et, nødvendigvis er de samme som konklusjonen på oppgavens overordnede problemstillingen. Ettersom statsstøttebestemmelsen i EØS-avtalen art. 61 (1) er omfattende, vies denne problemstillingen om avklaring av gjeldende rett, størst plass i avhandlingen.

Deretter søker avhandlingen å besvare den delen av problemstillingen som omhandler hvordan det er mest hensiktsmessig, å endre IKS-loven. Dette forutsetter således, at konklusjonen på første del av problemstillingen er at IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett. I så måte har fremstillingen også et rettspolitisk siktemål, med ønske om at masteroppgaven kan være et bidrag i diskusjonen om hvordan IKS-lovgivningen bør være. Avklaringen av gjeldende rett er av betydning, også for spørsmålet om hvordan det er mest hensiktsmessig å endre IKS-loven. I tillegg beror løsningen av dette spørsmålet på en avveining av de sentrale hensyn som gjør seg gjeldende.

⁷ IKS-et som benyttes er Øvre Romerike avfallsselskap IKS (forkortet ØRAS IKS). Selskapet presenteres i punkt 2.2.3 i avhandlingen.

1.2 Begrepsavklaringer

1.2.1 Interkommunale selskaper

I denne masteroppgaven er det hensiktsmessig med en avklaring av hva som menes med interkommunale selskaper (IKS-er). Definisjonen av et IKS er at det må bestå av mer enn én deltaker og selskapsdeltakerne kan enten være kommuner, fylkeskommuner, eller andre IKS-er.⁸ Det er per i dag registrert 250 IKS-er i Norge.⁹ Det er imidlertid nokså store variasjoner i virksomhetene, som IKS-ene bedriver. Enkelte IKS-er er opprettet for at eierkommunene enklere kan tilby sine innbyggere lovpålagte tjenester. Andre IKS-er er derimot opprettet med et tydeligere formål om å drive forretningsmessig virksomhet.¹⁰ Slik sett er IKS som selskapsform en organisering som kan passe for ulike typer av virksomheter. Felles for alle IKS-er imidlertid at de er selvstendige rettssubjekter. Dette følger av IKS-loven § 2. IKS-ene er dermed for øvrig selvstendige skattesubjekter.¹¹

IKS-loven er IKS-enes særlovgivning. Dette loven regulerer IKS-enes virksomhet, i likhet med at eksempelvis aksjelovene regulerer virksomheten til aksjeselskaper/allmennaksjeselskaper (AS/ASA). Det følger av IKS-loven § 1 at loven gjelder for ”interkommunalt selskap”. Videre presiseres det i annet punktum at med ”interkommunalt selskap menes et selskap hvor alle deltakerne er kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper”. Virkeområdet for IKS-loven er dermed presisert gjennom en avgrensning av hvilke subjekter som kan organiseres som et IKS.

Når det gjelder IKS-enes virksomhet kan denne være mangeartet. For eksempel er ”*avfall- og renovasjon, vann- og avløp, brannverntjenester, drift av havner, revisjonsvirksomhet og generell offentlig administrasjon tilknyttet blant annet næringsvirksomhet og -utvikling, kontrollutvalg, kultur, helsestell og sosial virksomhet*” typiske eksempler på virksomhet som IKS-ene bedriver.¹² Det kan anses å foreligge et generelt skille i IKS-enes virksomhet. På den ene siden driver IKS-ene virksomhet for å ivareta lovpålagte oppgaver av ikke-økonomisk

⁸ Se NOU 1995:17, side 176. Dette fremgår også av IKS-loven § 1.

⁹ Tall fra Enhetsregistret viser at det var 250 registrerte IKS-er, per 11. februar 2019. Se vedlegg 1.

¹⁰ Resch-Knudsen (2011), side 74.

¹¹ Dette følger skatteloven § 2-2 (1) bokstav g.

¹² KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, side 8, punkt 3.1. Forarbeidene påpeker at kommunenes virksomhet spenner over et vidt område, jf. Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 11.

karakter¹³. På den annen side driver IKS-ene mer forretningsmessig virksomhet. Dette skillet er sentralt når det gjelder IKS-enes virksomhet i lys av gjeldende statsstøtterett.

Avhandlingen vil derfor komme tilbake til dette skillet, når vilkårene for ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen art. 61 (1) behandles.¹⁴

1.2.2 Statsstøtte

Denne avhandlingen fordrer også en redegjørelse av hva som menes med begrepet ”statsstøtte”, etter EØS-avtalens regler. Formålene bak EØS-avtalen er i følge art. 1 (1) ”å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler”. Det er dermed et sentralt formål at medlemslandene skal kunne drive konkurrerende virksomhet på like vilkår. Dette presiseres i EØS-avtalen art. 1 (2) bokstav e), hvor det fremgår at formålene etter art. 1 (1) skal oppnås gjennom ”opprettelse av et system som sikrer at konkurransen ikke vris”.

Statsstøtte innebærer at et medlemsland til EØS-samarbeidet gir økonomisk støtte til visse foretak, slik at foretakene som mottar støtten, blir begunstiget på bekostning av andre foretak.¹⁵ Dette fremgår av EØS-avtalen art. 61 (1), som er den relevante bestemmelsen om statsstøtte. Art. 61 (1) innehar seks kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge ulovlig statsstøtte.

Reglene om statsstøtte utgjør en del av konkurransereglene etter EØS-avtalen.¹⁶ Andre bestemmelser i EØS-avtalen som omhandler konkurranserett er art. 53 om samarbeid mellom foretak som påvirker konkurransen, art. 54 om forbudet om at foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling, og art. 57 om tilsyn med foretakssammenslutninger.

Hovedregelen etter EØS-avtalen, er at statsstøtte som utgangspunkt er forbudt der reglene ikke positivt tillater støtte.¹⁷ Dersom støtten oppfylder vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1)

¹³ Kommunenes lovpålagte oppgaver fremgår av en rekke særlover. For eksempel plikter kommunene å sørge for et krisesentertilbud etter krisesenterloven § 2 (1), og kommunene plikter å ha arkiv etter arkivloven § 6, jf. § 2 bokstav g.

¹⁴ Dette kommer særlig til uttrykk i forbindelse med behandlingen av vurderingsmomentet om ”blandet” virksomhet, punkt 2.2.6.1.1.

¹⁵ Sejersted m.fl. (2011), side 572.

¹⁶ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 87.

¹⁷ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 87.

utgjør støttetiltaket statsstøtte. Støttetiltak som på den annen side faller innenfor ordlyden i EØS-avtalen art. 61 (2) og (3), er eksempler på støttetiltak som ikke omfattes av statsstøtteforbudet. EØS-avtalen Art. 59 (2) som omhandler tjenester av ”almen økonomisk betydning” er også et unntak fra statsstøtteforbudet. EØS-avtalen åpner dermed for visse typer av støttetiltak, slik at medlemsstatene har rom til å foreta ønsket politisk styring. For at støttetiltaket skal være i tråd med EØS-avtalen må tiltaket meldes inn til ESA.¹⁸ Dersom dette ikke gjøres, eller det av andre grunner foreligger ulovlig statsstøtte, kan støtten kreves tilbakeført.¹⁹

1.3 IKS-loven og tilgrensende lovgivning

Innenfor selskapsretten finnes det flere alternativer til å organisere virksomheten etter IKS-loven. Et av de mest sentrale momentene når det gjelder hvilken selskapsform som skal velges, er hvilken ansvarsform som gjelder for den enkelte typen selskap.²⁰ For kommunalt eide selskaper, slik som IKS-er, har det i tillegg betydning for valg av selskapsform, hvorvidt reguleringen tilrettelegger for såkalt demokratisk eierskap.²¹

Aksjeselskapslovgivningen og selskapsloven utgjør de mest fremtredende selskapsformene i norsk selskapsrett. IKS-loven skiller seg fra aksjelovgivningen spesielt med tanke på ansvarsformen for selskapsdeltakerne. I et IKS har selskapsdeltakerne et ubegrenset proratarisk ansvar for selskapsforpliktelsene. Dette fremgår av IKS-loven § 3 (1). Et proratarisk ansvar innebærer at selskapsdeltakerne hefter for en prosent- eller brøkdel, tilsvarende eierandel av selskapets samlede forpliktelser.²² Aksjeloven har imidlertid et begrenset ansvar for aksjonærene. Dette følger av selve definisjonen på et aksjeselskap som fremgår av aksjeloven (asl.) § 1-1 (2). I tillegg er ansvarsbegrensningen uttrykkelig inntatt i asl. § 1-2 (1). En begrenset ansvarsform etter aksjeloven innebærer at aksjonærene kun er ansvarlige for de økonomiske midler de har investert i selskapet.²³ IKS-loven og aksjeloven tilbyr dermed klart ulike betingelser for selskapsdeltakerne.

¹⁸ Jf. lov om offentlig støtte § 2.

¹⁹ Jf. lov om offentlig støtte § 5.

²⁰ Bråthen (2017), side 320-324.

²¹ Resch-Knudsen (2012), side 18-19.

²² Resch-Knudsen (2011), side 73.

²³ Ot.prp.nr.23 (1996-1997), side 129. Se også Aarbakke m.fl. (2012), side 78-80 og Andenæs (2016), side 19.

Når det gjelder IKS-er sammenlignet med selskaper etter selskapsloven (sel.) er ikke forskjellene like store. I forbindelse med ansvarsform, er hovedregelen etter selskapsloven at selskapsdeltakerne er solidarisk ansvarlig for selskapets forpliktelser. Dette følger av sel. § 2-4 (1). Ansvarsformen er det klare kjennetegnet på sammenslutninger som reguleres etter selskapsloven.²⁴ Dette innebærer at en kreditor til et ansvarlig selskap (ANS) fritt kan velge å rette krav mot en av selskapsdeltakerne for å få dekning for sitt krav, etter at vedkommende først har søkt dekning fra selskapet uten å få dekning. Dette følger av sel. § 2-4 (2)). Den enkelte selskapsdeltaker som blir utsatt for kreditors krav kan så søke regress, først fra selskapet, og deretter eventuelt de øvrige selskapsdeltakerne etter sel. § 2-5 (1) og (2). Deltakerne i et ANS kan imidlertid avtale et proratarisk ansvar mellom seg, i selskapsavtalen.²⁵ I så måte er ikke nødvendigvis ansvarsformen ulik når det gjelder IKS-er og ANS.

Før vedtakelsen av IKS-loven, var det et alternativ å organisere virksomheten etter kommuneloven § 27. Sammenslutninger etter denne bestemmelsen blir gjerne omtalt som ”§ 27-selskaper”. Et av formålene med å vedta IKS-loven var imidlertid å gi kommunal virksomhet et bedre og mer formalisert organiseringsalternativ, sammenlignet med kommuneloven § 27.²⁶ Det var lovgivers intensjon at IKS-loven skulle medføre at flere kommunale selskapsdeltakere organiserte virksomheten som et IKS, i stedet for et ”§ 27-selskap”.²⁷

Selv om aksjeloven og selskapsloven innehar andre betingelser for selskapsdeltakerne, er det ikke umiddelbart opplagt at det foreligger et behov for en særlovgivning for IKS-er. I forarbeidene til IKS-loven presiseres imidlertid hvilke faktorer som taler for en egen IKS-lov. Forarbeidene uttaler at:

”Det er selskapslovgivningens prinsipper som ligger til grunn for lovforslagene. Men det er i adskillig utstrekning gjort modifikasjoner av hensyn til behovet for kommunalpolitisk styring og kontroll. Lovforslagene er uttrykk for en balanse mellom hensynet til frihet for foretaksledelsen, og hensynet til behovet for politisk kontroll. På en rekke punkter har det

²⁴ Ot.prp.nr.47 (1984-1985), side 33. Se også Woxholth (2005), side 31-36, og Aarbakke og Aarbakke (2010), side 17-19.

²⁵ Woxholth (2005), side 86.

²⁶ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 7-8 og 12.

²⁷ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 9.

*vært nødvendig å lage et kompromiss mellom kryssende hensyn”.*²⁸

Ut i fra lovgivers argumentasjon, ble andre faktorer i tillegg til ansvarsformen for selskapsdeltakerne, ansett som sentrale ved utformingen av IKS-loven. Det at IKS-er kun kan ha offentlige selskapseiere, krever et eget sett av regler som tillater politisk styring. Likevel fremgår det av forarbeidene, at lovgivningen skal åpne for at IKS-ene kan bedrive virksomhet av mer forretningsmessig art.²⁹

1.4 Rettskildesituasjonen og metode

1.4.1 Rettskilder og argumentasjonskilder

Denne masteroppgavens problemstilling er generelt lite behandlet i juridisk litteratur. Det er så vidt meg bekjent ingen artikler eller fagbøker som behandler denne problemstillingen. I så måte kan rettskildesituasjonen for denne avhandlingen anses noe utfordrende.

Temaet er imidlertid behandlet i noe grad i KMDs høringsnotat³⁰ og i en utredningsrapport i forbindelse med høringsnotatet.³¹ Dette er offentlige dokumenter som utgjør relevante sekundærkilder, og således argumentasjonskilder, i en teoretisk og praktisk tilnærming til gjeldende rett. Disse kildene er imidlertid ikke rettskilder som kan benyttes for å avklare om IKS-loven er problematisk etter EØS-avtalen art. 61 (1).

Avhandlingens problemstilling besvares gjennom en rettslig analyse av vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1), basert på traktattolkning, hvor ordlyden er den sentrale tolkningsfaktor.³² EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som er inntatt i norsk rett gjennom inkorporasjon, også kalt henvisningsmetoden.³³ EØS-avtalen gjelder dermed som norsk lov etter EØS-loven § 1.

Videre er praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen helt sentrale rettskilder. Praksis fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA) vil også benyttes som rettskilde, ettersom ESA har særskilt kompetanse i statsstøtterettslige saker.³⁴ Retningslinjene som er utarbeidet av ESA for å

²⁸ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 12.

²⁹ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 12.

³⁰ KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”.

³¹ Rapport fra ALT-advokatfirma, 2013, ”Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler”.

³² Sejersted m.fl. (2011), side 226. Se også Nygaard (2004), side 340-341.

³³ Ruud og Ulfstein (2011), side 59-60 og Sejersted m.fl. (2011), side 195-198.

³⁴ Sejersted m.fl. (2011), side 152.

veilede EØS-medlemsstatene i forbindelse med tolkningen av statsstøtteregele, vil flere steder benyttes som argumentasjonskilder. Det vil i det følgende gis noen betraktninger til noen av rettskildene, som benyttes i avhandlingen. For øvrig påpekes at det er en metodisk utfordring ved avhandlingen, at praksis og uttalelser fra de nevnte institusjonene innenfor EU- og EØS-retten, ikke er entydige.

1.4.2 EU-domstolen, EFTA-domstolen og ESA

EU-domstolens praksis er i utgangspunktet sentral for spørsmål som gjelder tolkning av EU-retten. Dette følger av TEUF art. 267. Det er imidlertid sikker rett at EU-domstolens tolkninger knyttet til EU-retten også er en relevant rettskilde, når det gjelder tolkning av EØS-avtalen. Dette følger av EØS-avtalen art. 6, og har sammenheng med målet om at EU- og EØS-retten i størst mulig utstrekning, skal være homogen.³⁵ Dette gir EU-domstolens tolkninger og avgjørelser nokså stor rettskildemessig betydning, ved tolkningen av EØS-avtalens regler.

Når det gjelder EFTA-domstolen følger denne domstolens kompetanse indirekte av EØS-avtalen art. 108 (2), og direkte av ODA-avtalen art. 27 til 41. ODA-avtalen er den delen av EØS-retten som omhandler reguleringen av EØS-rettens institusjoner.³⁶ EFTA-domstolen skal avgjøre rettslige spørsmål som oppstår etter EØS-avtalen.³⁷ Videre skal EFTA-domstolen avklare EØS-retten hva gjelder tolkning av bestemmelsene i EØS-avtalen.³⁸ EFTA-domstolens argumentasjon og rettslige avgjørelser har som hovedregel tung rettskildemessig vekt, når det gjelder forståelsen av EØS-avtalen. Dette får betydning i denne avhandlingen, når gjeldende statsstøtterett for IKS-ene skal avklares etter EØS-avtalen art. 61 (1).

EFTA Surveillance Authority (forkortet ESA) er EFTA-statenes overvåkningsorgan.³⁹ ESAs oppgave er å føre kontroll over at EFTA-medlemslandene overholder EØS-avtalens regler.⁴⁰ ESA som institusjon er utformet etter sterk inspirasjon fra utformingen av EU-kommisjonen.

³⁵ Sejersted m.fl. (2011), side 237.

³⁶ Sejersted m.fl. (2011), side 96.

³⁷ Dette følger av ODA-avtalen art. 32.

³⁸ Dette følger av ODA-avtalen art. 34

³⁹ Sejersted m.fl. (2011), side 147.

⁴⁰ Sejersted m.fl. (2011), side 147.

Likevel har ESA generelt mindre reell kompetanse til å gi bindende rettslig uttalelser eller treffe bindende vedtak.⁴¹ ESA er imidlertid tillagt særlig kompetanse på visse områder, og statsstøtteretten er ett av disse.⁴² ESA kan dermed treffe vedtak om at et støttetiltak er i strid med EØS-avtalen art. 61 (1). Således får ESAs vedtak, større rettskildemessig vekt ved avklaringen av gjeldende rett etter art. 61 (1), enn i andre saker. Det nevnes for øvrig at EU-kommisjonens argumentasjon også vil kunne tjene som rettskilde, som følge av homogenitetsprinsippet som gjelder i EØS-retten.

Videre i avhandlingen gis det først, i punkt 2.1, en presentasjon av vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1). Deretter følger den rettslige analysen av problemstillingen om IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett, i punkt 2.2. Dette er den klart mest omfattende delen av avhandlingen. Avslutningsvis i del 3, drøftes problemstillingen som omhandler på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å endre IKS-loven.

⁴¹ Sejersted m.fl. (2011), side 147.

⁴² Dette følger ODA-avtalen art. 24.

2 EØS-avtalen art. 61 (1)

2.1 Presentasjon av vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1)

Det heter i EØS-avtalen art. 61 (1) at ”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 ”vrir 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”.

I retningslinjene deler ESA EØS-avtalen art. 61 (1) inn i fem kumulative vilkår.⁴³ ESA behandler konkurransevridningsvilkåret og samhandelsvilkåret under ett. I denne avhandlingen deles det imidlertid inn i seks vilkår, fordi det anses som mest hensiktsmessig å behandle hvert enkelt vilkår for seg.⁴⁴

For det første må det være tale om at støttetiltaket er en økonomisk ”støtte” for mottakeren.⁴⁵ Dette kan omtales som fordelsvilkåret. At det må være tale om en økonomisk fordel for mottakeren følger ikke eksplisitt av ordlyden i bestemmelsen. Hva dette vilkåret nærmere innebærer vil utdypes nedenfor, i punkt 2.2.1.

Videre må den økonomiske støtten være gitt av statsmidler, noe som kan leses klart ut fra ordlyden. Dette kan anses som statsmiddelvilkåret. For det tredje innebærer regelen om ulovlig statsstøtte, at støttetiltaket må begunstige kun enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer. Dette omtales gjerne som selektivitetsvilkåret. Også dette vilkåret kan leses direkte ut av ordlyden gjennom formuleringen om at begunstigelsen gjelder *enkelte* foretak eller produksjon av *enkelte* varer.

⁴³ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 2 om foretaksvilkåret, punkt 3 om statsmiddelvilkåret, punkt 4 om fordelsvilkåret, punkt 5 om selektivitetsvilkåret og punkt 6 om samhandelsvilkåret og konkurransevridningsvilkåret.

⁴⁴ Dette er for øvrig også slik bestemmelsen ble presentert av KMD i høringsnotatet. Se KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, side 10, punkt 3.3.2.

⁴⁵ Den norske ordlyden er ”støtte”, mens ordlyden i den engelske versjonen som ESA benytter er ”advantage”, hvilket betyr fordel. Se ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61 (1) of the EEA Agreement”, punkt 4.

For det fjerde må mottakeren av støttetiltaket anses som et ”foretak”. Dette omtales som foretaksvilkåret, og følger av at bestemmelsen i EØS-avtalen art. 61 (1) benytter begrepet ”foretak”. Det nærmere innholdet i dette vilkåret er imidlertid ikke helt klart, og har gjentatte ganger vært behandlet av både EU- og EØS-rettslige instanser. Foretaksvilkåret vil derfor være gjenstand for en grundig analyse i avhandlingens punkt 2.2.6.

Det femte vilkåret i EØS-avtalen art. 61 (1) stiller krav om at støttetiltaket innebærer konkurransevridning, mellom ulike aktører som opererer i samme marked. Dette følger av ordlyden ”vri eller true med å vri konkurransen”. Dette vilkåret kan omtales som konkurransevridningsvilkåret. Det sjette og siste vilkåret, innebærer at den aktuelle støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene til EØS-avtalen. Vilkaåret følger direkte av ordlyden og kan omtales som samhandelsvilkåret.

2.2 Avklaring av gjeldende statsstøtterett

2.2.1 Fordelsvilkåret

Når det gjelder fordelsvilkåret følger av EØS-avtalen art. 61 (1) at ”støtte” gitt av statsmidler i ”enhver form” (...) er ulovlig. Det lagt til grunn som sikker rett at hva som anses som støtte etter denne bestemmelsen skal favne bredt. Dette følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden ”enhver form”, men er også lagt til grunn i rettspraksis.⁴⁶ Videre fremgår det av praksis fra EU-domstolen, at tiltaket må være av økonomisk art for at det anses som fordel i statsstøtterettslig forstand.⁴⁷

IKS-loven sin ansvarsform for selskapsdeltakerne, at selskapsdeltakerne hefter ubegrenset for selskapets samlede forpliktelser⁴⁸, samt at IKS-er ikke kan settes under konkursbehandling⁴⁹, innebærer en implisitt garantiordning for alle IKS-er. Ettersom støttebegrepet skal tolkes vidt, er det ikke et krav at et IKS har mottatt en fysisk økonomisk ytelse, for at det skal være tale om en statsstøtterettslig fordel. Det er tilstrekkelig at et tiltak kan gi økonomiske fordeler til

⁴⁶ EFTA-domstolens avgjørelse i fellessakene E-04/10, E-06/10 og E-07/10 Liechtenstein v ESA, premiss 69.

⁴⁷ Følger forutsetningsvis av premissene i EU-domstolens avgjørelse i C-353/95 Tierce Ladbroke-dommen, særlig premiss 25-30.

⁴⁸ Jf. IKS-loven § 3 (1).

⁴⁹ Jf. IKS-loven § 23 annet punktum.

visse virksomheter, for at spørsmålet om statsstøtte aktualiseres.⁵⁰

Videre er det sikker rett at det avgjørende for om det foreligger en statsstøtterettslig fordel er den virkning som den aktuelle fordel medfører. I forbindelse med IKS-lovens utforming, var det ikke et formål bak lovgivningen at denne skulle gi IKS-ene en økonomisk fordel. Det er imidlertid ikke relevant hva som er formålet med støttetiltaket som gir fordel, men kun de faktiske virkningene av tiltaket. Dette følger blant annet av EU-domstolens avgjørelse i Kimberly Clark-dommen.⁵¹

Det er IKS-lovens ordning med ansvarsform og konkursforbud, som utgjør en statsstøtterettslig fordel for IKS-ene. Dermed er det klart at IKS-ene ikke mottar en fordel, i form av en utbetaling fra statsmidler. Det er imidlertid slik, at fordelsbegrepet i statsstøtteren må anses å omfatte mer enn rene utbetalinger. Forarbeidene til IKS-loven inneholder ikke direkte drøftelser om hvorvidt lovens garantiordning kan anses problematisk, i et statsstøtterettslig perspektiv. Dette har trolig sammenheng med at ESA endret sine retningslinjer til statsstøttebestemmelsen, etter at IKS-loven ble vedtatt.⁵² I høringsnotatet fra KMD ble det imidlertid slått fast at *”En ordning ved lov eller forskrift som medfører at enkelte aktører i markedet oppnår økonomiske fordeler, vil dermed i utgangspunktet omfattes av statsstøttebegrepet”*.⁵³ Det er også lagt til grunn av ESA, i statsstøttesaken i forbindelse med statsforetaksloven, at en tilsvarende garantiordning oppfyller fordelsvilkåret etter EØS-avtalen art. 61 (1).⁵⁴

Videre er det avgjørende for om fordelsvilkåret er oppfylt at IKS-et ikke betaler noe vederlag til offentlige myndigheter, for garantiordningen. Dersom det hadde vært tale om betaling av et vederlag til det offentlige, hadde IKS-et ytt en motytelse til garantiordningen, såkalt garantipremie. I så tilfelle hadde det ikke vært tale om støtte, med mindre vederlaget ikke var markedsmessig. Det såkalte markedsinvestorprinsippet, som har blitt utformet av EU-

⁵⁰ KMD la for øvrig dette til grunn i sin vurdering av støttebegrepet. Det heter i høringsnotatet at *”Alle offentlige tiltak som kan gi økonomiske fordeler til bestemte bedrifter eller deler av næringslivet, vil i prinsippet kunne utgjøre offentlig støtte”*, side 11.

⁵¹ EU-domstolens sak C-241/94 Kimberly Clark-dommen, premiss 20 og 21.

⁵² KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, side 6, punkt 2.

⁵³ KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, side 11, punkt 3.3.2.

⁵⁴ ESAs vedtak 236/02/COL, sak om statsforetaksloven.

kommisjonen, får betydning for om garantiordningen må anses som ”støtte”.⁵⁵ Spørsmålet som følger av dette prinsippet, er om en privat aktør ville gitt støtten på de samme vilkår som det offentlige, i en tilsvarende situasjon.⁵⁶ Markedsinvestorprinsippet fordrer en objektiv vurdering av hvorvidt støttetiltaket er begrunnet i markedshensyn. Hvis så er tilfelle, skal ikke støttetiltaket anses som statsstøtte. Formålet med anvendelsen av prinsippet er å avdekke de tilfeller hvor offentlige myndigheter gir støtte til visse foretak, uten av dette er markedsmessig begrunnet.

Når det gjelder IKS-lovens garantiordning fremstår det som nokså klart at en privat investor ikke ville inngått en avtale, der investoren er ansvarlig for forpliktelsene til IKS-et. Hovedbegrunnelsen for dette er at det ikke foreligger noen begrensning, av hva slags økonomiske forpliktelser IKS-et kan påta seg. Den økonomiske fordel som IKS-ene mottar er dermed ikke i tråd med markedsinvestorprinsippet. Det påpekes for øvrig at ESA har utarbeidet visse kriterier, for at et støttetiltak skal kunne anses å være i samsvar med markedsinvestorprinsippet. Ett av kriteriene er at det betales et vederlag for tiltaket.⁵⁷ Det er klart at IKS-ene ikke betaler vederlag for garantiordningen. Garantiordningen som følger implisitt av IKS-loven, innebærer ”støtte” etter EØS-avtalen art. 61 (1).

2.2.2 Statsmiddelvilkåret

Etter statsstøttebestemmelsen i EØS-avtalen art. 61 (1) må støtten i form av en fordel være gitt av ”statsmidler”. Ordlyden tilsier at støtten som IKS-ene mottar, må stamme fra offentlige økonomiske midler. Det at eksempelvis eierkommunene til IKS-er, går glipp av et markedsmessig vederlag for den støtten IKS-ene mottar, medfører at garantiordningen må anses å stamme fra statsmidler.

Vurderingen av dette vilkåret kan synes noe anstrengt. Grunnen er at en fordel i form av en implisitt garantiordning, ikke er et resultat av en direkte overføring av statsmidler, slik den naturlig språklige forståelsen av statsmiddelvilkåret tilsier. ESAs retningslinjer uttrykker imidlertid at statsmiddelvilkåret er oppfylt, dersom støtten direkte eller indirekte stammer fra

⁵⁵ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 88.

⁵⁶ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 88.

⁵⁷ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 4.2.3.4, avsnitt 110.

offentlige midler.⁵⁸ For øvrig foreligger relevant praksis fra ESA i forbindelse med den tidligere statsforetaksloven.⁵⁹ Denne saken har flere klare likhetstrekk med den pågående saken om endringer i IKS-loven. ESA konkluderte med at den implisitte garantiordningen som statsforetaksloven medførte, oppfylte vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1).⁶⁰ For IKS-loven blir følgene av ESAs retningslinjer og praksis, at støtten som tilkommer IKS-ene gjennom garantiordningen i IKS-loven, må anses som støtte fra ”statsmidler”.

2.2.3 Selektivitetsvilkåret

Videre er det et vilkår i EØS-avtalen art. 61 (1) at støtten som utgjør en fordel fra statsmidler, tilkommer mottakeren(e) på en slik måte at enkelte rettssubjekter blir begunstiget i forhold til andre rettssubjekter. Det er dermed et krav om selektivitet i den støtten som tilkommer IKS-ene. Dersom den aktuelle støtten stammer fra generelle tiltak som alle aktører kan nyte, er ikke vilkåret oppfylt. Ett eksempel på et slikt generelt tiltak er gunstige skatteregler som rammer alle aktører likt.

Et spørsmål som oppstår er om selektivitetsvilkåret skal forstås som at den selektive begunstiging må skje mellom aktører innenfor det samme markedet. Som en illustrasjon vises det til Øvre Romerike avfallsselskap IKS (heretter forkortet ØRAS IKS). Dette selskapet er eiet av flere kommuner og driver såkalt ”blandet” virksomhet. Den delen av selskapet som er organisert som et IKS, utfører lovpålagt avfallshåndteringstjeneste for innbyggere i eierkommunene⁶¹. Selskapet tilbyr også avfallshåndteringstjenester for næringskunder.⁶² Den delen som gjelder næringskunder er organisert som et aksjeselskap (AS), og er et datterselskap til ØRAS IKS.⁶³ Når det videre i avhandlingen henvises til ØRAS IKS sin virksomhet, er det den lovpålagte tjenesteleveringen det siktes til.

Det kan legges til grunn at ØRAS IKS oppfyller fordelsvilkåret etter EØS-avtalen art. 61 (1). Som følge av garantiordningen etter IKS-loven kan ØRAS IKS potensielt stille økonomisk sterkere enn andre aktører, innenfor markedet for avfallshåndteringstjenester. Dersom enkelte av aktørene i dette markedet er IKS-er, mens andre for eksempel er AS, vil IKS-lovens

⁵⁸ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 3.2.1, avsnitt 48.

⁵⁹ ESAs vedtak 236/02/COL, om statsstøtte etter statsforetaksloven.

⁶⁰ ESAs vedtak 236/02/COL, om statsstøtte etter statsforetaksloven.

⁶¹ Dette følger av forurensningsloven § 30 (1).

⁶² Se ØRAS IKS sitt vedtektsfestede formål, hentet fra Enhetsregisteret 01. mai 2019.

⁶³ Dette følger av ØRAS IKS sin selskapsavtale, punkt 8.2.

garantifordel innebære selektiv begunstigelse for IKS-ene i dette markedet.

Når det gjelder spørsmålet om selektivitetsvilkåret skal forstås som at den selektive begunstigelse må skje mellom aktører innenfor det samme markedet, kan ESAs retningslinjer gi veiledning. ESAs skriver i retningslinjene at:

”(...) Neither a large number of eligible undertakings (which can even include all undertakings of a given sector), nor the diversity and size of the sectors to which they belong, provide grounds for concluding that a State measure constitutes a general measure of economic policy, if not all economic sectors can benefit from it.”⁶⁴ (Min understreking)

Uttalelsen tilsier at for at det skal være tale om generelle tiltak, som ikke omfattes av selektivitetsvilkåret, må tiltakene begunstige alle økonomiske markeder (”all economic sectors”). Terskelen for at selektivitetsvilkåret er oppfylt er dermed lavere, enn om kravet var at begunstigelsen måtte utarte seg mellom aktører innenfor det samme markedet.

Dette medfører at dersom tiltaket ikke begunstiger alle aktører uavhengig av i hvilket marked virksomheten utøves, er det tale om selektiv begunstigelse. For IKS-ene er det da tilstrekkelig at garantiordningen som IKS-loven medfører, kun begunstiger IKS-er. Dette fordi IKS-loven innehar regler om hvilke sammenslutninger som lovlig kan organiseres som IKS-er. Dermed ekskluderes mange aktører fra IKS-formen.⁶⁵ I forbindelse med eksempelet med ØRAS IKS sin virksomhet er det tilstrekkelig at selskapet er et IKS, for at selektivitetsvilkåret er oppfylt. IKS-lovens ordning innebærer at selektivitetsvilkåret i EØS-avtalen art. 61 (1) er oppfylt.

2.2.4 Konkurransesvridningsvilkåret

Ettersom formålet med statsstøttereglene er å legge til rette for fri konkurranse mellom EØS-landene⁶⁶, utgjør konkurransevidningsvilkåret kjernen av reglene om statsstøtte.

Konkurransevidningsvilkåret etter EØS-avtalen art. 61 (1) innebærer at den aktuelle fordelingen, som stammer fra statsmidler, må true med å vri eller faktisk vri konkurransen mellom ulike aktører. I mange tilfeller vil det trolig være vanskelig å vurdere om konkurransen mellom aktører faktisk vrir. For å konstatere dette må det foretas en konkret vurdering hvor potensielt mange momenter kan være sentrale.

Det følger imidlertid av ordlyden i EØS-avtalen art. 61 (1) at det er tilstrekkelig at fordelingen

⁶⁴ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 5.1, avsnitt 118.

⁶⁵ IKS-lovens virkeområde følger av § 1.

⁶⁶ Dette følger av EØS-avtalen art. 1 (1).

”truer” med å vri konkurransen mellom aktørene. Dermed foreligger det en betydelig lavere terskel for at vilkåret om konkurransevridning er oppfylt, enn om det måtte bevises at konkurransen faktisk vris i et konkret tilfelle.

Dersom en tolker ordlyden bokstavelig kan muligens garantiordningen, som IKS-loven innebærer, i utgangspunktet anses å true med å vri konkurransen i markedet. Ved en nærmere analyse, trekker derimot uttalelser fra ESA i retning av at det må foreligge objektive faktorer, som tilsier at den frie konkurransen trues. ESA presiserer følgende i retningslinjene:

”For all practical purposes, a distortion of competition within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement is generally found to exist when the State grants a financial advantage to an undertaking in a liberalised sector where there is, or could be, competition.”⁶⁷ (Min understreking)

Denne uttalelsen tilsier, til forskjell fra selektivitetsvilkåret, at det må foreligge et marked for den virksomheten som IKS-et driver, for at vilkåret om konkurransevridning er oppfylt. For å illustrere dette poenget vises det igjen til ØRAS IKS. På den ene siden kan andre aktører, som ikke er IKS-er, ikke nyte av den implisitte garantiordningen som IKS-loven utgjør. Støtten gjennom garantiordningen, kan derfor anses å true med å vri konkurransen mellom aktører i samme marked som ØRAS IKS opererer.

På den annen side er utgangspunktet for virksomheten at selskapet leverer en tjeneste hvor kommunen har monopol, dersom det ikke foreligger samtykke fra kommunen som gir andre aktører tillatelse.⁶⁸ ESA lister opp typetilfeller i retningslinjene som ikke oppfyller konkurransevridningsvilkåret. Det første tilfellet som presiseres er når *”a) a service is subject to a legal monopoly (established in compliance with EEA law).*”⁶⁹

ØRAS IKS har ikke et absolutt monopol ettersom eierkommunene, eller i spesielle tilfeller Forurensningsmyndigheten, kan gi samtykke til andre aktører. Slik sett er dette tilfellet et grensetilfelle. Dette illustrerer at vurderingen av om konkurransevridningsvilkåret er oppfylt, kan være utfordrende. Det foreligger imidlertid et vedtak fra ESA i den såkalte Avfallssaken fra 2013. Saken omhandlet hvorvidt kommunale avfallsselskaper mottok ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen art. 61 (1). ESA konkluderte med at disse avfallsselskapene ikke var

⁶⁷ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 6.2, avsnitt 187.

⁶⁸ Dette følger av forurensningsloven § 30 (3) annet punktum.

⁶⁹ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 6.2, avsnitt 188.

omfattet av statsstøtteregelen.⁷⁰ ESAs begrunnelse for konklusjonen bygger i hovedsak på at avfallsselskapene ikke kunne anses som ”foretak” (se om dette under punkt 2.2.6 flg.). ESA uttalte at

”On the other hand, when providing household waste services within their own municipal monopoly, (min understreking) the municipal waste collectors cannot be held to offer services on a market in competition with others.”⁷¹

Argumentasjonen kunne imidlertid like gjerne omhandlet konkurransevidningsvilkåret, ettersom ESA tilsynelatende vektlegger monopolsituasjonen for selskapene tungt. Derfor kan en hevde at konkurransevidningsvilkåret ikke var oppfylt i Avfallssaken, og heller ikke er det for ØRAS IKS. ESA konkluderte imidlertid i Avfallssaken med at konkurransevidningsvilkåret var oppfylt for de aktuelle selskapene.⁷² På bakgrunn av dette foreligger det en viss inkonsistens mellom ESAs retningslinjer angående konkurransevidning og monopoltilfeller, og ESAs rettslige praksis.

Slik inkonsistens skaper en viss usikkerhet når det gjelder avklaringen av gjeldende statsstøtterett for IKS-ene. I Avfallssaken var monopoltilfellet tilsynelatende ikke avgjørende for om det forelå konkurransevidning, men heller brukt som argument for at avfallsselskapene ikke kunne anses som ”foretak” (”undertakings”). Til dette kan det sies at ESA trolig kunne konkludert med at konkurransevidningsvilkåret ikke var oppfylt, på bakgrunn av den samme argumentasjonen som ESA benyttet under behandlingen av foretaksvilkåret. Slik sett ser en at vilkårene etter gjeldende rett om statsstøtte, ikke kan holdes klart atskilt fra hverandre.

Når det gjelder IKS-loven er det trolig grunnlag for å hevde at de IKS-er som driver virksomhet i et monopol, ikke vil være problematiske etter gjeldende statsstøtterett. De IKS-er som driver virksomhet i et marked, må på den annen side i utgangspunktet, anses å være i faresonen for å utgjøre brudd på konkurransevidningsvilkåret.

2.2.5 Samhandelsvilkåret

Når det gjelder samhandelsvilkåret oppstår spørsmålet om støtten som IKS-ene mottar, påvirker samhandelen mellom medlemslandene til EØS-avtalen. Dette vilkåret er dermed i kjernen av hva statsstøtteregelen skal forhindre, nemlig at nasjonale rettsregler skal utgjøre en

⁷⁰ ESAs vedtak 91/13/COL.

⁷¹ ESAs vedtak 91/13/COL, premiss 31.

⁷² ESAs vedtak 91/13/COL, premiss 41.

trussel mot den frie handelen mellom EØS-medlemslandene.⁷³ På denne måten henger samhandelsvilkåret nært sammen med konkurransevridningsvilkåret.

Formuleringen i EØS-avtalen art. 61 (1) sier at statsstøtten er ulovlig ”i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.” Dette reiser spørsmål knyttet til om ordlyden skal forstås som at støtten rent faktisk må påvirke samhandelen mellom EØS-landene, eller om det er tilstrekkelig at støtten er egnet til å påvirke samhandelen.

ESAs retningslinjer tilsier at vilkåret ikke skal tolkes så strengt, som at påvirkning av samhandelen faktisk må påvises. ESA viser i denne forbindelse til en uttalelse fra EFTA-domstolen:

”In that respect, it is not necessary to establish that the aid has an actual effect on trade between EEA States but only whether the aid is liable to affect such trade. (min understreking) In particular, the EEA Courts have ruled that ‘where State financial aid strengthens the position of an undertaking as compared with other undertakings competing in intra-[EEA] trade, (min understreking) the latter must be regarded as affected by the aid.’”⁷⁴

Det er dermed tilstrekkelig for at samhandelsvilkåret skal være oppfylt, at støtten er egnet til å påvirke samhandelen mellom medlemslandene. Det er imidlertid en forutsetning at det foreligger en mulighet for aktører fra EØS-medlemslandene, å drive virksomhet i samme marked som nasjonale aktører.

For ØRAS IKS er det slik at dersom hele eller deler av virksomheten kun kan utøves av norske offentlige aktører, vil ikke samhandelsvilkåret være oppfylt. I dette konkrete tilfellet er det imidlertid slik at avfallshåndteringen kan utføres av andre aktører enn det offentlige.⁷⁵ Dette medfører at det er mulig også for internasjonale aktører å delta i anbudsrunder, om å få levere tjenesten. Garantiordningen i IKS-loven er derfor egnet til å påvirke samhandelen mellom aktører fra ulike EØS-medlemsland, i dette konkrete tilfellet. For IKS-er generelt, er det avgjørende for om samhandelsvilkåret er oppfylt, om virksomheten de bedriver skjer i konkurranse med internasjonale aktører fra EØS-landene.

2.2.6 Særlig om foretaksvilkåret

Når det gjelder foretaksvilkåret er ordlyden i EØS-avtalen art. 61 (1) taus hva gjelder det

⁷³ Dette fremgår av EØS-avtalen art. 1 (1).

⁷⁴ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 6.3, avsnitt 190.

⁷⁵ Dette følger forutsetningsvis av forurensningsloven § 30 (3) annet punktum.

nærmere innholdet i dette vilkåret. Vilkaoret har imidlertid vert gjenstand for relativt omfattende rettslig behandling av EU-domstolen, EFTA-domstolen og ESA. Den nærmere forståelsen av vilkåret er dermed utarbeidet gjennom langvarig rettspraksis. I en av de tidligere sakene for EU-domstolen, Hofner-dommen fra 1991, uttalte retten følgende om foretaksvilkåret:

”Herved bemærkes, at inden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed (min understreking), uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning, er en økonomisk virksomhed.”⁷⁶

Det avgjørende for om foretaksvilkåret er oppfylt er om den aktuelle virksomheten som bedrives, eksempelvis av et IKS, må anses å utgjøre ”økonomisk virksomhet”. I senere rettspraksis på EØS-rettens område, har EFTA-domstolen formulert vurderingstema i blant annet Barnehagesaken fra 2008:

”Under EEA competition rules, the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in economic activity (min understreking), regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed.”⁷⁷

Formuleringen om ”økonomisk aktivitet” fra EFTA-domstolen, blir benyttet videre i denne avhandlingen, som vurderingstema for foretaksvilkåret i EØS-avtalen art. 61 (1). Hva dette vurderingstemaet nærmere innbefatter er heller ikke åpenbart. Praksis fra EFTA-domstolen og ESA har særlig interesse ved avklaringen om IKS-er sin virksomhet, må anses som økonomisk aktivitet, og dermed som ”foretak” etter EØS-avtalen. Det understrekes likevel at hvilke vurderingsmomenter som er sentrale i ulike saker, samt hvordan disse momentene skal vektas, må anses som uavklart etter gjeldende rett. Dette gjør rettsanvendelsen krevende på dette punkt. Under neste punkt i avhandlingen, er det likevel foretatt en sammenfatning av de vurderingsmomenter som synes sentrale i flere saker, som har vært til rettslig behandling. Disse momentene presenteres og utdypes generelt. I tillegg gis det eksempler, gjennom konkret anvendelse av foretaksvilkåret for ØRAS IKS.

⁷⁶ EU-domstolens sak C-41/90, Hofner og Elser mod Macrotron, premiss 21. Tolkningen av foretaksvilkåret ble stadfestet i andre avgjørelser, se for eksempel C-343/95 Diego Cali, premiss 16.

⁷⁷ EFTA-domstolens avgjørelse E-05/07, premiss 78.

2.2.6.1 Vurderingstema og vurderingsmomenter

Når det gjelder hva vurderingstemaet ”økonomisk aktivitet” nærmere innbefatter, er det etter min oppfatning av praksis og teori, særlig seks vurderingsmomenter som er gjenstand for rettslig behandling.⁷⁸ Disse vurderingsmomentene er (1) om virksomheten består av såkalt ”blandet” virksomhet. Det vil si at virksomheten både består av typisk lovpålagte oppgaver, og tjenestelevering av mer forretningsmessig art. Deretter er det vesentlig hvorvidt virksomheten innebærer (2) levering av markedstjenester. Videre er det et gjentakende vurderingsmoment fra praksis om det (3) ytes vederlag for tjenesten som leveres, samt hvorvidt tjenesten kan anses å være (4) utøvelse av offentlig myndighet. Betydningen av om tjenesten (5) er lovpålagt, og (6) betydningen av om tjenesten leveres i egenregi, virker også sentralt for om virksomheten er ”økonomisk aktivitet”.

Når det gjelder forståelsen av vurderingstema om ”økonomisk aktivitet” er det sikker rett at det ikke har betydning hvilken selskapsform virksomheten har. Dette følger av Pavlov-saken fra EU-domstolen.⁷⁹ For IKS-er er det derfor uten betydning at virksomheten er organisert som et IKS. Videre er det klart at hvorvidt virksomheten til IKS-et skal anses som ”økonomisk aktivitet”, må bero på en konkret helhetsvurdering. Likevel er det et generelt utgangspunkt, at enkelte momenter må vektles tyngre enn andre momenter, noe de følgende drøftelsene vil vise.

2.2.6.1.1 ”Blandet” virksomhet

Flere av dagens IKS-er driver såkalt ”blandet” virksomhet. For å illustrere betydningen av dette momentet vises det til ØRAS IKS. ØRAS IKS utfører tjenester knyttet til håndtering av husholdningsavfall fra eierkommunenens innbyggere.⁸⁰ I tillegg kan andre næringskunder levere avfall til ØRAS IKS.⁸¹ Virksomheten de bedriver må dermed anses å være ”blandet”. Dette får betydning i en statsstøtterettslig vurdering av om foretaksvilkåret er oppfylt.

Det er klart at den delen av ØRAS IKS sin virksomhet som gjelder næringskunder, er å anse som en markedstjeneste. Grunnen er at andre offentlige eller private aktører, også kan tilby

⁷⁸ Se for eksempel argumentasjonen til ESA i Avfallssaken 91/13/COL og Barnehagesaken 39/07/COL. Se også ESAs ”Guidelines (...)”, punkt 2.1-2.5, og utredningsrapporten fra ALT advokatfirma (2013), side 32-37.

⁷⁹ Se Pavlov-saken C-180-184/98, premiss 75.

⁸⁰ ØRAS IKS sine vedtekter hentet fra Brønnøysundregisteret, 27.03.2019.

⁸¹ Informasjon hentet fra ØRAS IKS sin hjemmeside, 27.03.2019.

denne tjenesten. Denne delen av ØRAS IKS sin virksomhet må derfor anses som ”økonomisk aktivitet”, hvilket medfører at foretaksvilkåret i EØS-avtalen art. 61 (1) er oppfylt. Den samme konklusjonen, når det gjelder kommunale avfallsselskaper sin næringsrettede virksomhet, er lagt til grunn av ESA i Avfallssaken.⁸² Det følger imidlertid av selskapsavtalen til ØRAS IKS, at den næringsrettede delen av virksomheten er skilt ut i et eget AS.⁸³ Dermed skaper ikke denne delen av virksomheten statsstøtterettslige problemer i forbindelse med IKS-loven og EØS-avtalen art. 61 (1). Ulovlig statsstøtte kan naturligvis oppstå også i slike sammenhenger, for eksempel i form av ulovlig krysssubsidiering.⁸⁴ Avhandlingen behandler imidlertid ikke statsstøtterettslige spørsmål knyttet til krysssubsidiering noe videre.

For den andre delen av ØRAS IKS sin virksomhet, som utelukkende leverer avfallshåndteringstjenester til innbyggerne i eierkommunene, er det ikke like åpenbart at det drives ”økonomisk aktivitet”. Slik sett vises tydelig den statsstøtterettslige betydningen av at virksomheten til et IKS er blandet. I eksemplene som følger nedenfor, er det denne ikke-næringsrettede delen av virksomheten til ØRAS IKS det siktes til.

2.2.6.1.2 Levering av markedstjeneste

Et vesentlig spørsmål for om et IKS sin virksomhet oppfyller kravet til økonomisk aktivitet, er om virksomheten må anses å innebære levering av en markedstjeneste.⁸⁵ At det er tale om en markedstjeneste, innebærer at tjenesten leveres i et marked med andre konkurrerende aktører. Det kan derfor hevdes at hvorvidt virksomheten til et IKS innebærer levering av en markedstjeneste, i stor grad vil være sammenfallende med vurderingen av om virksomheten må anses som ”økonomisk aktivitet”. Dersom virksomheten til IKS-et innebærer levering av en markedstjeneste, er det vanskelig å ikke samtidig konkludere med at virksomheten anses som ”økonomisk aktivitet”. Dette er fordi markedstjenestemomentet er i kjernen av hva som utgjør økonomisk aktivitet.

⁸² ESAs vedtak 91/13/COL, premiss 29-30.

⁸³ Angående organisering av virksomheten se selskapsavtalen til ØRAS IKS § 8 punkt 8.2.

⁸⁴ Se for eksempel, Rapport fra arbeidsgruppe (2018), ” Like konkurransevilkår for offentlig og private aktører”, side 85, punkt 4.2.4. Se også ”Veileder: EØS-avtalens regler om offentlig støtte”. Utarbeidet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 2011, side 52, punkt 4.1.

⁸⁵ Dette kan sies å følge implisitt av vurderingstema ”økonomisk aktivitet” ettersom slik aktivitet som oftest blir tilbudt i konkurranse med andre aktører i et marked.

For å konkretisere dette vurderingsmomentet er det hensiktsmessig å vise til ØRAS IKS. Ettersom det kun er ØRAS IKS som tilbyr avfallshåndteringstjenesten til innbyggerne, kan ikke denne tjenesten anses å bli tilbudt i en marked med andre konkurrerende aktører. Som et utgangspunkt innebærer ØRAS IKS sin virksomhet ikke levering av en markedstjeneste, og dermed er virksomheten deres ikke ”økonomisk aktivitet”. Denne konklusjonen er i samsvar med ESAs resultat i Avfallssaken fra 2013.⁸⁶

Det foreligger imidlertid relevant rettspraksis, både fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, som aktualiserer spørsmålet om betydningen av såkalte ”potensielle markeder”.⁸⁷ Dette momentet er interessant å illustrere gjennom en drøftelse av virksomheten til ØRAS IKS. Dette fordi avfallshåndteringstjenester potensielt kan tilbys av en privat aktør, dersom det gis tillatelse av kommunen.⁸⁸ Drøftelsen har relevans for alle IKS-er som også leverer tjenester, eller varer, i ”potensielle markeder”.

Det neste rettslige spørsmålet blir derfor om det at ØRAS IKS sin virksomhet potensielt kan drives av private aktører, medfører at virksomheten likevel må anses som en markedstjeneste.

I denne forbindelse er deler av EU-domstolens begrunnelse i Höfner-dommen interessant. Saken gjaldt et offentlig arbeidsformidlingskontor (Bundesarbeitsamts), sin rett til å alene drive virksomhet i forbindelse med arbeidsformidling i Tyskland. EU-domstolen besvarte ikke spørsmålet som den tyske domstolen hadde stilt i saken, nemlig om Bundesarbeitsamts enerett var i strid med EUs regler om fri bevegelighet. Domstolen konkluderte imidlertid med at Bundesarbeitsamt var å anse som et ”foretak” etter konkurransereglene, fordi de bedrev ”økonomisk aktivitet”. Det heter i Höfner-dommen at:

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. (min understreking) Denne konstatering gælder navnlig for formidling af virksomhedsledere.

Heraf følger (min understreking), at en enhed som et offentligt arbejdsanvisningskontor, der udøver arbejdsformidlingsvirksomhed, kan betegnes som virksomhed med henblik på

⁸⁶ ESAs vedtak 91/13/COL, premiss 31.

⁸⁷ For eksempel EU-domstolens C-41/90 Höfner-dommen og EFTA-domstolens E-05/07 Barnehagesaken. Selve begrepet ”potensielle markeder” er hentet fra utredningsrapporten fra ALT advokatfirma (2013), side 34.

⁸⁸ Dette følger forutsetningsvis av forurensningsloven § 30 (3) annet og tredje punktum.

*anvendelse af fællesskabskonkurrencereglerne.*⁸⁹

Denne delen av dommen kan gi uttrykk for at hvorvidt andre aktører enn det offentlige potensielt kan bedrive den aktuelle virksomhet, får avgjørende betydning for om virksomheten anses som en markedstjeneste. Når det gjelder ØRAS IKS, driver dette selskapet avfallshåndtering som i utgangspunktet er en lovpålagt tjeneste, som kommunene plikter å utføre.⁹⁰ Forurensningsloven gir likevel adgang til at andre private eller offentlig aktører, kan utføre tjenesten etter samtykke fra kommunene eller Forurensningsmyndigheten.⁹¹ Dersom en hadde tolket uttalelsen fra Höfner-dommen vidtfavnende, ville ØRAS IKS sin virksomhet måtte anses som en markedstjeneste.

Det må imidlertid innvendes at premissene i dommen ikke er entydige om at det er korrekt å legge en slik tolkning til grunn, for vurderingen av om det er tale om en markedstjeneste. I forlengelsen av dette argumentet, må en også se de øvrige rettskildene i sammenheng med uttalelsene fra Höfner-dommen.

Dersom en ser hen til ESAs vedtak , og EFTA-domstolens etterfølgende avgjørelse i Barnehagesaken, trekker uttalelser her i en annen retning enn Höfner-dommen. Barnehagesaken oppstod ved at Private barnehagers landsforbund (PBL) ønsket at ESA skulle rettslig prøve, om finansieringsordningen for kommunale barnehager innebar ulovlig statsstøtte. ESA konkluderte med at barnehagevirksomheten var av ikke-økonomisk art. Dermed mottok heller ikke de kommunale barnehagene ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen art. 61 (1).⁹² Saken ble senere tatt opp til behandling i EFTA-domstolen. Retten var i det store og hele enig i ESAs behandling av saken. EFTA-domstolen gav en klar og konkret uttalelse, som er relevant når det gjelder vurderingen av om ØRAS IKS sin virksomhet er en markedstjeneste. EFTA-domstolen uttalte følgende:

*(80) "When 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. (min understreking) 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."*⁹³

EFTA-domstolen uttrykte helt klart at hvorvidt virksomheten potensielt kan tilbys av en

⁸⁹ Sak C-41/90 Höfner-dommen, premiss 22 og 23.

⁹⁰ Jf. forurensningsloven § 30 (1).

⁹¹ Jf. forurensningsloven § 30 (3) annet og tredje punktum.

⁹² ESAs sak 39/07/COL, side 9, punkt 4.3.

⁹³ EFTA-domstolen sak E-05/07, premiss 80.

privat aktør, ikke kan få betydning for spørsmålet om virksomheten er økonomisk aktivitet. Slik sett står denne uttalelsen i motstrid til den ovenfor siterte uttalelsen fra EU-domstolen, i Höfner-dommen. Denne rettsstilstanden skaper naturligvis utfordringer knyttet til den rettslige vurderingen av om ØRAS IKS sin virksomhet, må anses som en markedstjeneste etter gjeldende rett.

Ettersom spørsmålet er vanskelig å besvare ut fra premissene i Höfner-dommen og Barnehagesaken, må løsningen søkes i flere kilder. I Avfallssaken konkluderte ESA med at den delen av virksomheten til avfallsselskapene, som ikke innebar tjenesteyting til næringslivskunder, ikke var økonomisk aktivitet.⁹⁴

Det er verdt å merke seg at ESA begrunnet avgjørelsen med at ” (...) *the municipal waste collectors cannot be held to offer services on a market in competition with others.*”⁹⁵ Det er dermed avklart i ESAs praksis at selskaper som leverer tjenester som innebærer lovpålagt avfallshåndtering for sine innbyggere, ikke er å anse som en markedstjeneste.

Det er imidlertid ikke klart hvilke momenter som var avgjørende for ESA, i denne rettslige vurderingen. ESA knyttet eksempelvis ikke bemerkninger til om potensielle markeder kan ha innvirkning på vurderingen, slik som EFTA-domstolen gjorde i Barnehagesaken, og EU-domstolen i Höfner-dommen. Dette medfører at rettsstilstanden hva gjelder de avgjørende momentene i denne vurderingen, fremstår som uavklart. Dette kan skape usikkerhet rundt senere rettsanvendelse, når det gjelder å ta stilling til spørsmålet om betydningen av potensielle markeder. Slik sett illustrerer dette hvordan de rettslige vurderingene etter EØS-avtalen art. 61 (1) er krevende, særlig når det gjelder vurderingen av om foretaksvilkåret er oppfylt.

Konklusjonen for ØRAS IKS må imidlertid bli, i lys av rettskildene, at selskapet ikke tilbyr en markedstjeneste. Selv om vurderingen av om virksomheten innebærer ”økonomisk aktivitet” beror på en helhetsvurdering, er markedstjenestemomentet av så sentral betydning at dette må bli avgjørende. ØRAS IKS sin virksomhet kan derfor ikke anses som økonomisk aktivitet. Den gjeldende rettsstilstanden for IKS-ene generelt på dette punkt, må være at betydningen av potensielle markeder er uavklart, med mindre IKS-et bedriver virksomhet som har fått en avklaring gjennom praksis.

⁹⁴ ESAs sak 91/13/COL, premiss 31.

⁹⁵ ESAs sak 91/13/COL, premiss 31.

2.2.6.1.3 Vederlag for tjenesten

Det er videre sentralt under vurderingen av om virksomheten til et IKS må anses som ”økonomisk aktivitet”, hvorvidt det ytes et vederlag for tjenesten som tilbys. Dersom tjenesten fullt ut, eller i hovedsak, er finansiert av det offentlige, er det en presumsjon om at levering av tjenesten ikke innebærer økonomisk aktivitet.⁹⁶

I ESA sin avgjørelse i Barnehagesaken ble det fremhevet at vederlaget som skulle betales av brukerne (barnas foreldre), utgjorde kun 20 prosent av de faktiske kostnadene. ESA argumenterte for at dette tilsa at barnehagevirksomhet ikke kan anses som ”økonomisk aktivitet”.⁹⁷

Dersom det trekkes paralleller til ØRAS IKS er det slik at avfallshåndteringstjenesten som tilbys, betales med et vederlag i form av kommunale avgifter. Det følger av selskapsavtalen til ØRAS IKS, at vederlaget skal dekke kommunens kostnader knyttet til håndteringen av innbyggernes husholdningsavfall.⁹⁸ Det samme følger før øvrig av forurensningsloven § 34 (1). Etersom vederlaget i form av kommunale eiendomsavgifter skal dekke ØRAS IKS sine kostnader, taler vederlaget som betales, for at virksomheten anses som ”økonomisk aktivitet”. For IKS-ene generelt, trekker det i retning av at virksomheten er økonomisk aktivitet, dersom IKS-ene mottar vederlag for tjenesten eller varen de yter.

⁹⁶ Dette følger forutsetningsvis av ESAs argumentasjon i Barnehagesaken 39/07/COL, side 11, annet avsnitt.

⁹⁷ ESAs sak 39/07/COL, på side 11.

⁹⁸ Se selskapsavtalen til ØRAS IKS § 8 punkt 8.1.

2.2.6.1.4 Utøvelse av offentlig myndighet

I ESA sine retningslinjer vedrørende statsstøtteproblematikk etter EØS-avtalen art. 61 (1) heter det at: ”*Article 61(1) of the EEA Agreement does not apply where the State acts ‘by exercising public power’ or where public entities act ‘in their capacity as public authorities’.*”⁹⁹

Typiske eksempler på hva som faller innunder offentlig myndighetsutøvelse er saksbehandling, for eksempel i forbindelse med byggesøknader eller søknader om skjenkebevilling. Det kan også være tilsyns- og kontrolloppgaver, eksempelvis tilsyn med barnehager etter barnehageloven § 16.¹⁰⁰

I Avfallssaken ble ikke momentet om offentlig myndighetsutøvelse vurdert nærmere. ESA foretok imidlertid en vurdering av hvorvidt virksomheten innebar utøvelse av offentlig myndighet, i Barnehagesaken. ESA formulerte det slik:

”In addition to cultural, educational and social aspects of the activities of municipal kindergartens, the provision of kindergarten services is a task of the municipality acting as a public authority. (min understreking) *Under Norwegian law, the decision to admit children to the municipal kindergartens is regarded as an administrative act and not a private law decision. The municipality is the local authority for kindergarten institutions and provides guidance and ensures that they are operated in accordance with current rules.* (min understreking)”¹⁰¹

ESAs argumentasjon må forstås dithen at kommunen anses som en utøver av offentlig myndighet, i Barnehagesaken. Dette taler for at virksomheten til de kommunale barnehagene ikke er ”økonomisk aktivitet”. Grunnen til dette er at kommunene er lovpålagt å gi veiledning om barnehagedriften, samt å påse at barnehagene drives i samsvar med gjeldende regelverk.¹⁰²

Når det gjelder momentet om offentlig myndighetsutøvelses betydning for IKS-er etter IKS-loven, kan ØRAS IKS brukes som et eksempel også her. Spørsmålet som oppstår, er om avfallshåndteringstjenesten innebærer utøvelse av offentlig myndighet, tilsvarende tilfellet i Barnehagesaken. Det kan argumenteres for at det foreligger et monopol for kommunene etter

⁹⁹ ESAs ”Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the EEA Agreement”, punkt 2.2, avsnitt 17.

¹⁰⁰ Rapport fra arbeidsgruppe (2018), ”Like konkurransevilkår for offentlig og private aktører”, side 103, punkt 5.2.

¹⁰¹ ESAs vedtak 39/07/COL, side 11, tredje avsnitt.

¹⁰² Se barnehageloven § 8 (1).

forurensningsloven, da utgangspunktet er at det kun er kommunene som kan levere tjenesten.¹⁰³ Slik sett har rammene for ØRAS IKS sin virksomhet likhetstrekk med offentlig myndighetsutøvelse. På den annen side skiller denne situasjonen seg fra det som helt tydelig er myndighetsutøvelse fra kommunen, som eksempelvis å fatte vedtak i forbindelse med saksbehandling.¹⁰⁴ Det er derfor ikke enkelt å avgjøre i hvilken retning dette momentet trekker. Samlet sett har nok saken tilstrekkelig likhetstrekk med Barnehagesaken på dette punkt, til at det er nærliggende å vekte momentet i tråd med ESA sin argumentasjon. Momentet om offentlig myndighetsutøvelse taler i så fall for at virksomheten til ØRAS IKS ikke er ”økonomisk aktivitet”.

For andre IKS-er innebærer avklaringen av gjeldende statsstøtterett på dette punkt, at IKS-er som klar utøver myndighet, ikke driver ”økonomisk aktivitet”. Dersom IKS-er ikke driver klar myndighetsutøvelse, er det mer usikkert hvor grensene for dette momentet skal trekkes.

2.2.6.1.5 Lovpålagte tjenester

Dersom en studerer ESAs avgjørelser angående ulovlig statsstøtte¹⁰⁵, virker ESA tilbakeholden med å anse levering av lovpålagte tjenester som ”økonomisk aktivitet”.

En slik tilbakeholdenhet er naturlig, ettersom motivet for den aktuelle virksomheten ikke er forretningsmessig, i tilfeller hvor kommunen plikter å levere bestemte tjenester. ESAs formulering i Barnehagesaken kan tas til inntekt for en slik forståelse:

”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 (min understreking) towards their own populations in the social, cultural and educational fields.”¹⁰⁶

På den annen side er det imidlertid sikker rett at det er de faktiske virkningene av et støttetiltak, og ikke intensjonen med virksomheten, som er avgjørende for om det foreligger ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen art. 61 (1).¹⁰⁷ Det er derfor vanskelig å se at lovpålagte tjenester i seg selv, skal få betydning for om virksomheten er ”økonomisk aktivitet”. Den korrekte forståelsen av dette momentet ut i fra det foreliggende rettskildebildet, må nok være

¹⁰³ Se forurensningsloven § 30 (1).

¹⁰⁴ For eksempel saksbehandling i forbindelse med byggesak, skjenke- og serveringsbevilling og lignende.

¹⁰⁵ Som for eksempel Avfallssaken (vedtak 91/13/COL) og Barnehagesaken (vedtak 39/07/COL).

¹⁰⁶ ESAs vedtak 39/07/COL, side 11, første avsnitt.

¹⁰⁷ EU-domstolens sak C-241/94 Kimberly Clark-dommen, premiss 20 og 21.

at hvorvidt tjenesten er lovpålagt, er et moment under vurderingen av om tjenesten er en markedstjeneste. Trolig kan det også inngå som et moment under vurderingen av om tjenesteleveringen innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Hvorvidt tjenesten som leveres er lovpålagt, har dermed ikke selvstendig betydning for om virksomheten anses som ”økonomisk aktivitet”. Denne avklaringen får naturligvis betydning for IKS-enes virksomhet i lys av statsstøttebestemmelsen.

For å eksemplifisere, er det for ØRAS IKS slik at levering av avfallshåndteringstjeneste er lovpålagt eierkommunene etter forurensningsloven.¹⁰⁸ Dette er et moment som isolert sett ikke har selvstendig betydning, men som styrker den rettslige vurderingen av at ØRAS IKS ikke leverer en markedstjeneste. Det at avfallstjenesten er lovpålagt styrker også argumentet om at virksomheten deres, til en viss grad, innebærer utøvelse av offentlig myndighet. Samlet tilsier disse momentene at ØRAS IKS ikke bedriver ”økonomisk aktivitet”, etter gjeldende statsstøtteregler.

2.2.6.1.6 Tjenestelevering i egenregi

Når det gjelder betydningen av at tjenesten som virksomheten tilbyr leveres i egenregi, synes ESA å legge nokså stor vekt på dette momentet i Avfallssaken fra 2013. ESA konkluderte med at den delen av virksomheten til avfallsselskapene som utelukkende gjaldt avfallshåndtering for kommunens innbyggere, ikke var å anse som en markedstjeneste. ESA formulerte det slik:

” (31) (...) Where the municipality has elected to directly award the contract to its own in-house operator (min understreking), 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) (min understreking). It therefore cannot be considered as an economic activity. The municipal waste collectors do therefore not act as undertakings when they out activities related to household waste within their own municipalities. ”¹⁰⁹

Som følge av denne uttalelsen ser det ut til at ESA legger avgjørende vekt på at tjenesten i Avfallssaken ble levert i egenregi, såkalt ”in house”. I følge ESAs argumentasjon blir resultatet av levering i egenregi, at tjenesten ikke tilbys i et marked med andre konkurrerende aktører. Det kan imidlertid reises spørsmål om det er grunnlag for å vektlegge egenregi-momentet så tungt.

¹⁰⁸ Jf. forurensningsloven § 30 (1).

¹⁰⁹ ESAs vedtak 91/13/COL, premiss 31.

EU-kommisjonen har avgitt uttalelser knyttet til betydningen av om en tjeneste leveres i egenregi, når det gjelder vurderingen av om virksomheten innebærer ”økonomisk aktivitet”.

Det foreligger eksempelvis en uttalelse fra EU-kommisjonen som sier at:

” (13) (...) More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.”¹¹⁰

Denne uttalelsen skiller seg tydelig fra det som må anses å være ESAs utgangspunkt. Rettskilder fra henholdsvis EU-kommisjonen og ESA harmonerer derfor dårlig på dette punktet. Dette skaper usikkerhet angående den gjeldende rettstilstanden, hvilket har betydning for IKS-enes situasjon. Det synes derfor nærliggende å legge til grunn en mellomløsning, for spørsmålet om egenregimomentets vekt. Utgangspunktet blir da at egenregimomentet i seg selv ikke har selvstendig betydning. Det at tjenesten leveres i egenregi, får imidlertid betydning ved at momentet styrker eller svekker andre vurderingsmomenter. For eksempel vil det at tjenesten leveres i egenregi, styrke momentet om at det ikke er tale om en markedstjeneste. Egenregimomentet er dermed et godt eksempel på at de ulike momentene som i praksis har blitt vurdert under ”økonomisk aktivitet”, ikke kan holdes klart atskilt. Konklusjonen må følge av en helhetlig vurdering av virksomhetens karakter.

Når det gjelder ØRAS IKS, leverer eierkommunene avfallshåndteringstjenesten i egenregi til sine innbyggere. Et alternativ til å opprette ØRAS IKS, kunne vært og kjøpt tjenesten fra en annen aktør. Tjenesten ville da ikke blitt levert i egenregi. Som redegjort for i avsnittet ovenfor, medfører egenregimomentet at tjenesten i mindre grad får karakter av en markedstjeneste. Dette tilsier at det ikke er tale om en økonomisk virksomhet. Hovedregelen for IKS-er generelt må nok være at dersom IKS-et leverer tjeneste i egenregi, trekker dette i retning av at virksomheten ikke er ”økonomisk aktivitet”. Likevel må det foretas en konkret og helhetlig vurdering av IKS-ets virksomhet, før hovedregelen kan stadfestes.

¹¹⁰ EU-kommisjonen publikasjon i EUT 2012 C8/4, ”Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest Text with EEA relevance”, punkt 2.1.1, avsnitt 13.

2.3 Konklusjon

Denne fremstillingens avklaring av gjeldende statsstøtterett for IKS-er etter EØS-avtalen art. 61 (1), viser at dagens ansvarsform for selskapsdeltakerne sammenholdt med konkursforbudet i IKS-loven, utgjør en implisitt garantiordning for IKS-ene. Denne fordelingen gjennom garantiordningen må anses som ”støtte” etter EØS-avtalen art. 61 (1). IKS-loven aktualiserer i så måte statsstøtteproblematikk for IKS-ene, direkte gjennom lovens ordning.

Selv om det generelt sett kan sies å foreligge mer usikkerhet om de øvrige vilkårene i EØS-avtalens art. 61 (1) er oppfylt, er det grunn til å tro at en del IKS-ers virksomhet også vil være problematisk etter disse vilkårene. Drøftelsene viser at statsmiddel-, selektivitet-, konkurransevridnings- og samhandelsvilkåret har et relativt lav terskelkrav for oppfyllelse. Det er derfor naturlig at en del IKS-ers virksomhet vil komme i konflikt med disse. Under foretaksvilkåret er de rettslige vurderingene betydelig mer omfattende. Praksis er samtidig dels sprikende når det gjelder de sentrale vurderingsmomentene, og deres tyngde. Det er derfor vanskelig å si noe generelt om IKS-enes virksomhet i lys av foretaksvilkåret. Med mindre et IKS bedriver virksomhet som har fått tydelig avklaring i praksis, slik som ØRAS IKS, kan virksomheten være i faresonen for å utgjøre brudd på gjeldende statsstøtterett.

Ettersom IKS-lovens garantiordning utgjør ”støtte” og dermed oppfylder fordelsvilkåret, aktualiserer IKS-loven statsstøtteproblematikk direkte. Dette medfører at IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett, og at loven derfor bør endres.

Til dette kan det innvendes at hvorvidt IKS-ene mottar statsstøtte etter EØS-avtalen art. 61 (1), beror på om samtlige av vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. IKS-lovens regler avgjør ikke hvorvidt IKS-ene mottar ulovlig statsstøtte, og IKS-loven kan derfor anses mindre sentral i statsstøtterettslig sammenheng. Dette kan særlig sies å gjelde i relativt klare tilfeller av statsstøtte, der det ikke er tvilsomt hvorvidt virksomheten til et IKS oppfylder vilkårene i EØS-avtalen art. 61 (1). IKS-lovens regler blir i disse tilfellene tydelig underordnet, sammenlignet med selve statsstøttebestemmelsen.

På den annen side, kan IKS-lovens regler anses viktige når det er tale om såkalte grensetilfeller av ulovlig statsstøtte. Med betegnelsen grensetilfeller siktes det til de tilfellene hvor det er tvilsomt om et IKS sin virksomhet, oppfylder vilkårene i EØS-avtalens art. 61 (1). I slike tilfeller, blir det nokså tydelig at dagens IKS-lov aktualiserer statsstøtterettslige

problemstillinger, som deretter innbyr til krevende juridiske vurderinger av statsstøttevilkårene. Dermed vil det kunne foreligge en viss fare for at enkelte vurderingsmomenter blir vektlagt ulikt av ulike rettsanvendere, hvilket kan medføre lite rimelige og forutberegnelige avgjørelser.¹¹¹

Illustrasjonene av ØRAS IKS sin virksomhet, som gjennomgående benyttes i avhandlingen, har konkretisert noen av de utfordrende rettslige spørsmålene som oppstår under anvendelsen av EØS-avtalens art. 61 (1). Disse illustrasjonene har vist at IKS-loven skaper indirekte praktiske problemer for konkret rettsanvendelse, særlig i tilknytning til foretaksvilkåret. Årsaken er at det dels er uavklart hvilke vurderingsmomenter som er sentrale og avgjørende, når det gjelder vurderingstemaet om ”økonomisk aktivitet”. Det er særlig uavklart hvordan de ulike vurderingsmomentene skal vektles. Spørsmålene som oppstår angående betydningen av potensielle markeder (se punkt 2.2.6.1.3), betydningen av at tjenesten leveres i egenregi (se punkt 2.2.6.1.6), samt betydningen av at tjenesten er lovpålagt (se punkt 2.2.6.1.5) under drøftelsen av foretaksvilkåret, er noen av de mest krevende å behandle. Grunnen til dette er blant annet at ESA, EFTA-domstolen, EU-kommisjonen og EU-domstolen, synes å vektlegge ulike momenter ulikt, i sin praksis.

Dersom IKS-loven endres vil trolig statsstøtterettslige spørsmål etter IKS-loven, ikke lenger oppstå. Dette må anses som et sentralt formål etter EØS-avtalen¹¹², og er således et viktig argument for at IKS-loven bør endres for å forhindre statsstøtterettslige problemer.

En innvending til at IKS-loven bør endres, er at rettssubjekter som velger å organisere seg etter IKS-loven, selv har et ansvar for at virksomheten ikke er i strid med statsstøttereglene. Dette er således et motargument til at IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett. En slik tilnærming til statsstøtteproblematikken må derimot anses å være for enkel. Det er en gjennomgående ambisjon i EØS-retten at medlemslandene skal ha nasjonale regelverk som, i størst mulig grad, sikrer et ønsket samarbeidsforhold mellom EØS-landene.¹¹³ I så måte er overholdelse av statsstøttereglene, klart et anliggende for nasjonale myndigheter.

Det kan videre bli oppfattet som illojalt overfor EØS-institusjonen, dersom norske myndigheter vet at deler av IKS-lovgivningen muligens medfører regelbrudd i praksis, men

¹¹¹ Nygaard (2004), side 162-165 og Eckhoff (2001), side 395-396.

¹¹² Jf. EØS-avtalen art. 1 (1).

¹¹³ Dette følger forutsetningsvis av EØS-avtalen art. 3.

ikke foretar rettslige grep i form av lovendring. For Norge sin del er det grunn til å anta at IKS-lovens ansvarsregler og konkursforbud, utilsiktet har medført at IKS-er har brutt statsstøttereglene etter EØS-avtalen. Dette kunne i så fall vært unngått gjennom lovendring.¹¹⁴

Det foreligger for øvrig enighet blant sentrale aktører om at IKS-loven trolig er problematisk etter statsstøttereglene, når det gjelder de IKS-er som driver økonomisk aktivitet. Det er derimot uenighet om hvor mange av IKS-ene dette gjelder. Dette kommer til uttrykk ved at ulike aktører har tatt til orde for ulike løsninger, i forbindelse med endring av IKS-loven. Dette tema behandles nærmere under del 3 i avhandlingen. Etersom konklusjonen er at IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett, legges det til grunn for de videre drøftelsene, at IKS-loven bør endres.

¹¹⁴ Denne antagelsen synes for øvrig også å være i tråd med KMDs forståelse av situasjonen for IKS-ene når det gjelder statsstøtteproblematikk, se ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, 2014, side 4-5, punkt 1.

3 På hvilken måte er det mest hensiktsmessig å endre IKS-loven?

Før betraktningene omkring endringer i IKS-loven gis, redegjøres det kort for de ulike alternative endringsforslagene som foreligger.

3.1 Sentrale endringsalternativer

3.1.1 Begrenset ansvarsform og opphevelse av konkursforbudet

Det foreligger per dags dato ett formelt forslag fra KMD om endringer i IKS-loven. Forslaget går ut på å endre ansvarsformen fra et proratarisk ansvar for selskapsdeltakerne, til et begrenset ansvar, tilsvarende det som følger av aksjelovgivningen.¹¹⁵ Videre foreslås det å oppheve konkursforbudet for IKS-ene. Dette tilsvarer den endring som ble utført for statsforetaksloven i 2003, etter at ESA konkluderte med at statsforetaksloven innebar en generell statsstøtte i strid med EØS-avtalens art. 61 (1).¹¹⁶ Hovedbegrunnelsen for endringsforslagene synes å være at departementet anser mange av IKS-enes virksomhet som problematisk, etter statsstøttereglene. I tillegg vektlegger departementet hensynet til at anvendelsesområdet for IKS-loven, bør utgjøre en retts teknisk enkel regel.¹¹⁷ Hvilke begrunnelser som anses å være mest sentrale for de ulike endringsalternativene, utdypes nærmere under punkt 3.3 nedenfor.

3.1.2 Innsnevring av anvendelsesområdet

Et annet alternativ til en endring av IKS-loven, er å omformulere bestemmelsen for lovens anvendelsesområde. Dette alternativet har blitt fremsatt som et forslag i et hørings svar fra KS Bedrift.¹¹⁸ Forslaget innebærer å endre IKS-loven § 1, slik at kun selskaper som ikke driver økonomisk aktivitet og dermed ikke er ”foretak” etter EØS-avtalen, kan organiseres etter IKS-loven. Med denne løsningen innføres en begrensning hva gjelder den virksomhet som IKS-er kan bedrive. En slik løsning vil hensynta IKS-er som ikke anses som ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61 (1). Hovedbegrunnelsen for dette endringsalternativet synes å ha bakgrunn i en oppfatning av at mange av dagens IKS-er, ikke driver ”økonomisk aktivitet”. Dermed medfører disse selskaperens virksomhet heller ikke statsstøtterettslige problemer.

¹¹⁵ KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, side 4-5, punkt 1.

¹¹⁶ Ot.prp.nr.13 (2002-2003), side 1.

¹¹⁷ KMD, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”, side 23-27, punkt 4.3-4.6.

¹¹⁸ Hørings svar KS Bedrift, side 6, punkt 6.1.

Konsekvensene av en lovendring, som KMD har foreslått, kan oppfattes som ganske drastiske. Derfor har flere aktører tatt til orde for at en innsnevring av anvendelsesområdet for IKS-loven, er den mest hensiktsmessige løsningen.¹¹⁹ Dette vil utdypes nedenfor under punkt 3.3.

3.1.3 Innføring av et skille i IKS-loven

Et tredje alternativ når det gjelder endring av IKS-loven, er å innføre et skille i loven slik at de virksomheter som ikke anses som ”foretak” etter EØS-avtalen, kan organiseres etter loven slik den er i dag. Virksomheter, eventuelt deler av virksomheten, som er ”foretak” må på den annen side organiseres etter en annen selskapsform. Et eksempel på relevant annen selskapsform er aksjeselskapsformen, som reguleres etter aksjeloven. Dersom lovgiver velger en slik løsning, vil IKS-loven fortsette å gjelde som på nåværende måte, for IKS-er som ikke anses som ”foretak” etter EØS-avtalen. De endringer som er foreslått av KMD vil da kun gjelde for IKS-er som er ”foretak”, og som dermed potensielt kommer i konflikt med statsstøttereglene. Dette forslaget fremstår som en mellomløsning, som særlig sikter å motvirke de negative økonomiske konsekvensene for IKS-er som ikke omfattes av statsstøttereglene.¹²⁰

3.2 Hvilket endringsalternativ er mest hensiktsmessig?

3.2.1 Sentrale hensyn

Når det gjelder hvilken av de ovennevnte endringene av IKS-loven som fremstår som mest hensiktsmessig, er det særlig tre ulike hensyn som utpeker seg i denne vurderingen.¹²¹ Dette er for det første hensynet til en retts teknisk enkel regel. For det andre fremstår hensynet til de allerede etablerte IKS-ene som sentralt i denne avveiningen. Det siktes her særlig til konsekvensene som de foreslåtte endringene får, for allerede etablerte IKS-er, som ikke er ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61 (1). Et tredje sentralt hensyn er hensynet til IKS-enes medkontrahtenter og andre berørte aktører. Dette omfatter både avtaleparter til for eksempel låneavtaler med IKS-er som låntaker, i tillegg til eksempelvis innbyggere i kommuner som er selskapsdeltakerne i IKS-er. Løsningen på problemstillingen, om på hvilken måte det er mest

¹¹⁹ Høringssvar KS Bedrift, side 4, punkt 4.

¹²⁰ Høringssvar KS Bedrift, side 6-7, punkt 6.2.

¹²¹ Disse hensynene har særlig blitt fremhevet i KMDs høringsnotat og i høringssvaret fra KS Bedrift. Argumentene med bakgrunn i disse hensynene har ikke rettskildemessig vekt, men får betydning i en rettspolitisk drøftelse av hvordan IKS-loven bør være.

hensiktsmessig å endre IKS-loven, må bero på en avveining av de sentrale hensyn som gjør seg gjeldende. En slik avveining blir foretatt i det følgende. I tillegg får sentrale rettskilder, i forbindelse med utformingen av IKS-loven, betydning. Formålene med IKS-loven, som fremgår av lovforarbeidene, trekkes derfor inn i argumentasjonen under konklusjonen, i punkt 3.3.

3.2.1.1 En retts teknisk enkel regel

Det må anses som et mål med norsk lovgivning at lovreglene skal være retts teknisk enkle for jurister og andre, å anvende i praksis.¹²² Dersom lovreglene er retts teknisk enkelt utformet, er det nærliggende at reglene også legger til rette for at selve retts anvendelsen ikke kompliseres unødige. Hensynet til en enkel regel har derfor to sider, som er interessante i forbindelse med IKS-loven og gjeldende statsstøtterett.

For det første skal selve utformingen av lovregelen være retts teknisk enkel. Dette innebærer at det ikke kreves særlig inngående rettslig analyse for å finne frem til regelen. Det å endre ansvarsformen og konkursforbudet i IKS-loven gir enkle lovregler, som automatisk får den ønskede virkning at IKS-loven ikke lenger er problematisk, etter gjeldende statsstøtterett.

For det andre innebærer en retts teknisk enkel regel, at lovregelen bør unngå å innby til kompliserte rettslige vurderinger. Sagt på en annen måte bør regelen være enkel å praktisere. Det har vært fremhevet som et argument i denne sammenheng at de rettslige vurderingene, særlig i forbindelse med foretaksvilkåret i EØS-avtalen art. 61 (1), er svært krevende. Derfor er det ikke ønskelig at IKS-ene skal måtte foreta disse vurderingene, for å kunne organiseres etter IKS-loven.¹²³ De rettslige analysene i denne avhandlingen har vist at sondringen mellom IKS-er som er og ikke er "foretak" etter EØS-avtalen art. 61 (1), er utfordrende i en del tilfeller. Både Avfallssaken og Barnehagesaken fra ESA og EFTA-domstolen, tjener som eksempler fra praksis. Eksemplifiseringen med ØRAS IKS viser at den konkrete retts anvendelsen er krevende, fordi de ulike vurderingsmomentene som er sentrale under foretaksvilkåret ikke er helt entydige. Det er heller ikke entydig hvordan de ulike momentene

¹²² Dette kan sies å følge forutsetningsvis av det overordnede legislative hensynet om forutberegnelighet. Se for eksempel Eckhoff (2001), side 395-396 og Nygaard (2004), side 164-165.

¹²³ KMD, 2014, "Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper", side 23-27, punkt 4.3-4.6.

vektes i ESA og EFTA-domstolens praksis. Dette medfører usikkerhet for andre rettsanvendere, når det gjelder konklusjonen på det rettslige spørsmålet, om et IKS sin virksomhet er i overensstemmelse med statsstøttereglene.

Med dette som bakgrunn kan det argumenteres for at IKS-loven bør endres ved å endre ansvarsformen fra ubegrenset til begrenset ansvar, samt å oppheve konkursforbudet. Dette er en endring som i så fall gjelder for alle av dagens IKS-er, og således medfører endringen en rettsteknisk enkel. Regelen innbyr heller ikke til kompliserte rettslige vurderinger. Et poeng i denne sammenheng er at en slik rettsteknisk enkel løsning ble valgt, da statsforetaksloven ble endret i 2003. I denne saken, i likhet med situasjonen for IKS-loven, ble statsforetakslovens utforming forut for lovendringen, ansett problematisk i statsstøtterettslig sammenheng.¹²⁴ Ettersom lovgiver allerede har erfaring med tilsvarende lovendring av statsforetaksloven, trekker dette momentet i retning av at IKS-loven bør endres på samme måte.

3.2.1.2 Etablerte IKS-er som ikke er ”foretak”

Det må imidlertid anses som en tungtveiende innvending, til forslaget om endringen av ansvarsform og konkursforbud i IKS-loven, at disse endringene rammer alle IKS-er. Dette kan anses problematisk av flere grunner. Den trolig viktigste grunnen er at en del, en vet ikke sikkert hvor stor andel, av dagens IKS-er ikke driver ”foretak” i EØS-rettslig forstand. Dermed ikke utgjør heller ikke disse IKS-ene statsstøtterettslige problemer. Typiske eksempler på slike IKS-er kan være krisesentre, arkiv og brann-og redningsselskaper.¹²⁵

En gjennomføring av de endringer som er foreslått vil innebære at de IKS-ene som ikke anses som ”foretak”, sannsynligvis vil oppleve en forverret økonomisk situasjon. Dette fordi det er nærliggende at for eksempel kreditorer i forbindelse med låneavtaler med IKS-er, vil kreve høyere sikkerhet enn tidligere. Muligens vil disse kreditorene til og med kreve høyere sikkerhet fra slike ikke-økonomiske IKS-er, enn fra andre aktører i markedet. Dette fordi disse IKS-ene ikke driver forretningsmessig aktivitet, og i så måte har en beskjeden inntjening. I så tilfelle vil KMDs forslåtte endring av IKS-loven kunne stille IKS-ene i en dårligere posisjon, sammenlignet med andre aktører i markedet. Hensynet til de allerede etablerte IKS-ene som ikke er ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61 (1), tilsier derfor at det er

¹²⁴ Ot.prp.nr.13 (2002-2003), side 1.

¹²⁵ Se KS Bedrift sitt høringssvar, side 1, og utredningsrapporten fra ALT Advokatfirma (2013), side 10.

hensiktsmessig å foreta en endring av anvendelsesområdet for IKS-loven. IKS-loven vil da kun gjelde for selskaper, som ikke anses som ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61 (1).

Alternativt er det hensiktsmessig at lovgiver velger en løsning der det innføres et skille i IKS-loven, som sonderer mellom virksomheter som henholdsvis anses som ”foretak”, og de som ikke gjør det.

I forlengelsen av denne argumentasjonen kan det hevdes at en del av IKS-ene som ikke omfattes av statsstøtteproblematikken, driver virksomhet som er viktig og nødvendig i et samfunnsperspektiv. I så måte kan det argumenteres for at virksomheter, som eksempelvis krisesentre eller brann-og redningstjenester, er av beskyttelsesverdig art. Det er derfor ikke ønskelig at ny IKS-lovgivning, medfører økte økonomiske vanskeligheter for disse selskapene. Det må likevel presiseres at en bør være tilbakeholden med å strekke dette argumentet for langt. Dette fordi det er mange ulike typer av virksomheter som må anses som viktige for samfunnet, i det brede perspektiv. Likevel må det etter min mening, tillegges viss betydning at det ikke fremstår som hensiktsmessig, at lovendringen vanskeliggjør den økonomiske situasjonen for IKS-ene som ikke omfattes av statsstøtteforbudet.

3.2.1.3 Medkontrahter og andre berørte parter

Et annet argument er at en mer krevende økonomisk situasjon for IKS-ene, kan berøre flere subjekter enn IKS-ene alene. For eksempel kan et avfallsselskap, eksempelvis som ØRAS IKS, måtte kreve høyere priser av innbyggerne i eierkommunene, dersom IKS-loven endres etter forslaget fra KMD. Dette er fordi mange IKS-er trolig vil oppleve økte driftskostnader, for eksempel hva gjelder lånekostnader.

Når det gjelder medkontrahter i avtaleforhold inngått med etablerte IKS-er, vil også disse kunne bli berørt av den lovendring som er foreslått. Lovendringen kan muligens påvirke de allerede inngåtte avtalene, ved at endrede betingelser innebærer bristende forutsetninger i et avtalerettslig perspektiv.¹²⁶ Avhandlingen behandler ikke denne problemstillingen nærmere. Problemstillingen nevnes imidlertid for å illustrere at endringen av ansvarsform og konkursforbud i IKS-loven, kan få nokså vidtrekkende rettslige konsekvenser. Hensynet til IKS-enes medkontrahter og andre berørte aktører, trekker i retning av at endringen i IKS-

¹²⁶ Om dette momentet se for eksempel Advokatforeningens høringsvar, side 3, punkt 3. Om bristende forutsetninger i avtaleretten, se for eksempel Giertsen (2014), side 258-261.

loven bør utføres i tråd med endringsalternativ to eller tre, som er skissert ovenfor (se punkt 3.1.2 og 3.1.3).

3.2.1.4 Hvor mange relativt klare tilfeller av ”foretak” foreligger?

Et sentralt moment for hvordan det er hensiktsmessig å endre IKS-loven er hvor mange av dagens 250 IKS-er, som bedriver virksomhet som faktisk er i konflikt med EØS-avtalen art. 61 (1).¹²⁷ Dersom mange av IKS-ene ikke driver ”foretak”, trekker dette strekt i retning av at det er mer hensiktsmessig å endre anvendelsesområdet for IKS-loven¹²⁸, enn å endre ansvars- og konkursbestemmelsen.

Årsaken er at IKS-lovens nåværende system i så tilfelle ikke vil medføre særlige statsstøtterettslige problemer, ettersom mange IKS-er uansett ikke vil omfattes av statsstøtteforbudet. Hvis dette ses i sammenheng med at en endring av ansvars- og konkursbestemmelsen potensielt vil få store konsekvenser, for IKS-ene som ikke er ”foretak”, fremstår en endring av anvendelsesområdet som enda mer hensiktsmessig. En endring slik KMD foreslo vil i dette tilfellet medføre at balansen mellom ”kost og nytte” blir nokså skjev, hvilket er en lite ønskelig konsekvens.

Når dette er sagt, så finnes det ikke opplysninger om hvor mange av dagens IKS-er som driver virksomhet i strid med statsstøtterettreglene. KS Bedrift har hevdet at svært mange IKS-er ikke kan anses som ”foretak”, men de viser ikke til statistikk som bekrefter dette.¹²⁹ Dersom situasjonen heller motsatt er at mange av IKS-ene driver ”foretak”, vil endringsforslaget til KMD fremstå som mer hensiktsmessig. Dette fordi det da er sannsynlig at IKS-lovens utforming, skaper nokså betydelige statsstøtterettslige problemer.

Dersom mange av IKS-enes virksomhet utgjør grensetilfeller ved foretaksvilkåret, taler også dette for en løsning som KMD har foreslått. Dette fordi risikoen for valg av feil selskapsform må anses som stor, dersom det hersker tvil om mange IKS-ers virksomhet oppfyller foretaksvilkåret etter EØS-avtalen art. 61 (1).

¹²⁷ Tall fra Enhetsregistret viser at det var 250 registrerte IKS-er per 11. februar 2019. Se vedlegg 1.

¹²⁸ Se endringsalternativer i punkt 3.1.2 og 3.1.3 i avhandlingen.

¹²⁹ Høringssvar KS Bedrift, side 1.

Det foreligger i dag statistikk, utarbeidet av eksempelvis KS Bedrift og Brønnøysundregisteret, når det gjelder hvilken type virksomhet IKS-ene bedriver. Informasjonen som denne statistikken gir, er imidlertid ikke tilstrekkelig for å kunne ta stilling til den reelle statsstøtteproblematikken for IKS-ene. Før lovgiver vedtar å endre IKS-loven vil det derfor være nyttig å innhente mer informasjon om dagens IKS-er, når det gjelder hvorvidt de utgjør ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61 (1). Denne informasjonen kan, slik jeg vurderer det, gi et verdifullt bidrag i vurderingen av hvordan IKS-loven bør endres.

3.3 Konklusjon

Under punkt 2.3 ble det konkludert med at IKS-loven er problematisk etter gjeldende statsstøtterett, henholdsvis EØS-avtalen art. 61 (1). IKS-loven bør derfor endres, for at Norge skal overholde sine forpliktelser etter EØS-avtalen.¹³⁰ Konklusjonen på problemstillingen om på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å endre IKS-loven, må bli at anvendelsesområdet for IKS-loven bør endres. Grunnlaget for denne konklusjonen er avveininger av de sentrale hensynene, samt slutninger fra analysene av gjeldende rett. Denne endringen innebærer at anvendelsesområdet for IKS-loven begrenses ytterligere, sammenlignet med slik det nå er angitt i § 1. Den nåværende ordlyden i § 1 første punktum, innehar kun den begrensning at selskapsdeltakerne i IKS-er må være ”kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper”. En lovendring bør innebære at kun sammenslutninger som ikke er ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61 (1), kan organiseres som et IKS.

Denne endringen medfører en betydelig tilleggsbegrensning, av hvilke sammenslutninger som kan benytte IKS-formen som selskapsform. Endringen har den konsekvens at dersom et selskap driver ”blandet” virksomhet¹³¹, må den delen av virksomheten som er ”foretak”, organiseres etter en annen selskapsform. Aksjeselskapsformen kan være et aktuelt alternativ for disse IKS-ene. Den delen som ikke er ”foretak” kan derimot organiseres etter IKS-loven. Organiseringen av ØRAS IKS er et godt eksempel på hvordan dette kan løses i praksis.

Årsaken til at denne endringen fremstår som mest hensiktsmessig er at den ikke vil medføre negative konsekvenser, for IKS-ene som ikke anses som ”foretak” etter EØS-avtalen art. 61

¹³⁰ Se EØS-avtalen art. 3.

¹³¹ Se punkt 2.2.6.1.1

(1). De negative konsekvensene for ikke-økonomiske IKS-er, kan bli store dersom bestemmelsene om ansvarsformen og konkursforbudet i IKS-loven endres. Dette argumentet må veie tungt, da det ikke fremstår som absolutt nødvendig å endre IKS-lovens ansvarsform og konkursforbud. Bakgrunnen for dette er, blant annet, at det ikke foreligger kunnskap om hvor mange av IKS-ene som driver virksomhet i konflikt med statsstøttereglene.

Det understrekes imidlertid at dersom statiske undersøkelser viser at mange IKS-er driver virksomhet i strid med statsstøtteforbudet, har det foregående argumentet ikke samme tyngde. Den endringen som ble foreslått av KMD i 2014, kan dermed anses som den mest hensiktsmessige, dersom en får tilstrekkelige opplysninger om dagens IKS-er i en statsstøtterettslig sammenheng. Slik informasjon foreligger ikke på nåværende tidspunkt. Dette medfører at konklusjonen, etter min mening må bli at en endring av anvendelsesområdet for IKS-loven, er den mest hensiktsmessige.

Det er videre et nokså viktig argument, at dersom IKS-loven endres slik som foreslått i 2014, vil dette kunne medføre en økning av ”§ 27-selskaper”. Årsaken er at IKS-formen kan oppleves som ugunstig for IKS-er som ikke anses som ”foretak”. Derfor vil trolig flere vurdere selskapsformen etter kommuneloven § 27. Uttalelser i forarbeidene til IKS-loven kan trekke i retning av at dette er en uønsket utvikling.¹³² Grunnen er at sammenslutninger etter kommuneloven § 27, ikke har egen tilpasset lovgivning. Rammene for virksomheten til disse selskapene, er dermed betydelig mer uklare. IKS-loven ble i sin tid vedtatt, for å tilby en bedre og mer formalisert organiseringsform, enn kommuneloven § 27.¹³³

Det foreligger imidlertid en særlig betenkelighet ved å endre IKS-loven gjennom en tilleggsbegrensning av anvendelsesområdet. Forarbeidene til IKS-loven uttrykker tydelig at *”De virksomheter som som er i fokus her er de som har mer preg av forretningsmessige hensyn enn av forvaltning og myndighetsutøvelse”*(sic).¹³⁴ IKS-loven var således ment å skulle tilrettelegge, for at offentlig eide selskaper kunne drive virksomhet av forretningsmessig art, heller enn typiske forvaltnings- og myndighetsoppgaver. Dersom IKS-loven endres, slik at kun selskaper som driver ikke-økonomisk virksomhet kan være IKS-er, kan dette anses som en lovendring i konflikt med ett av de opprinnelige formålene med IKS-

¹³² Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 53-54 og på side 12.

¹³³ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 7-8.

¹³⁴ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 11.

loven. Slik sett vil en lovendring som innskrenker anvendelsesområdet på denne måten, kunne oppfattes som et paradoks.

Det fremheves imidlertid i forarbeidene til IKS-loven, at det er åpenbart at kommuner har behov for å samarbeide med andre kommuner. Det uttales at det i disse tilfellene ofte er mer hensiktsmessig å benytte en annen selskapsform, enn den som følger av aksjelovgivningen.¹³⁵ Disse momentene utgjør en sentral del av begrunnelsen for at det foreslås en særlov for IKS-er, med et ubegrenset ansvar for selskapsforpliktelsene.¹³⁶ Dersom IKS-loven endres ved at ansvarsformen blir begrenset, vil IKS-loven miste et tydelig særpreg. Denne endringen er dermed ikke i tråd, med det som må anses som lovgivers formål med IKS-loven. Ser en dette argumentet i sammenheng med hensynet til de allerede etablerte IKS-ene, samt deres medkontrahenter og andre berørte parter, må disse momentene samlet sett veie tyngst.

Denne masteroppgaven har vist hvordan EU- og EØS-rettens dynamiske preg¹³⁷, kan skape utfordringer for nasjonal lovgivning. Disse utfordringene må anses som en konsekvens av det internasjonale samarbeidet, som EØS-avtalen utgjør. Det at ESA endret retningslinjene for statsstøttereguleringene, i etterkant av IKS-lovens vedtakelse, medfører at Norges lovgiver må endre IKS-lovgivningen. Dette for at Norge skal oppfylle sine forpliktelser etter EØS-avtalen.¹³⁸ Endringen bør da utføres på den måten som er mest hensiktsmessig, gitt de aktuelle hensyn som gjør seg gjeldende.

¹³⁵ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 12.

¹³⁶ Ot.prp.nr.53 (1997-1998), side 12.

¹³⁷ Sejersted m.fl. (2011), side 234-235, og Nygaard (2004), side 37-38.

¹³⁸ Se EØS-avtalen art. 3.

4 Kilderegister

4.1 Lover

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven – forurl.)

Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlig selskaper om kommandittselskaper (selskapsloven – sel.)

Lov 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak (statsforetaksloven – statsfol.)

Lov 25. september 1992 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven – koml.)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven- EØSl.)

Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte

Lov 4. desember 1992 om arkiv (arkivlova – arkl.)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven – asl.)

Lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper (IKS-loven – intkomsel.)

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven – sktl.)

Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven – bhl.)

Lov 19. juni 2009 nr. 44 om kommunale krisesentertilbud (krisesenterloven)

4.2 Traktater

Avtale av 2. mai 1992 nr. 1 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Avtale av 2. mai 1992 nr. 2 mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen)

TEUF, Konsolideret utgave af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, OJ C 326, 26. oktober 2012

4.3 Forarbeider

Ot.prp.nr. 47 (1984-1985) om lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)

NOU 1996: 17 om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet

Ot.prp.nr. 23 (1996-1997) om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Ot.prp.nr. 53 (1997-1998) om lov om interkommunale selskaper og lov om endringer i kommuneloven m.m. (kommunalt og fylkeskommunalt foretak)

Ot.prp.nr. 13 (2002-2003) om lov om endringer i lov 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak mv.

4.4 Juridisk litteratur

Aarbakke, Asle, Aarbakke, Magnus, *Ansvarlige selskaper og indre selskaper*, 7. utgave, Universitetsforlaget, 2010.

Aarbakke, Asle, Aarbakke, Magnus, Knudsen, Gudmund, Ofstad, Tone og Skåre, Jan, *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2012.

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave, 2016.

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 5. utgave, Gyldendal juridisk, 2017.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2001.

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2014.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004.

Resch-Knudsen, Vibeke, *Kommunalt eierskap – roller, styring og strategi*, 1. utgave, Kommuneforlaget, 2011.

Resch-Knudsen, Vibeke, *Styring av kommunalt eide selskaper*, 1. utgave, Kommuneforlaget, 2012.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget, 2011.

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2011.

Woxholth, Geir, *Selskapsloven med kommentarer*, 6. utgave, Gyldendal Akademisk, 2005.

4.5 Offentlige dokumenter

ESAs retningslinjer om statsstøtte:

“EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY DECISION No 3/17/COL of 18 January 2017 amending, for the one-hundred and second time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing new Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area” [2017/2413]

Kan leses her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:E2017C0003&from=EN> (sjekket 27. februar 2019)

Høringsnotat:

Det kongelige kommunal- og moderniseringsdepartement, 2014, ”Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper”. Kan leses her:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/plan/hoeringsnotat_endringeriiksloven.pdf (sjekket 4. mai 2019)

Høringsvar:

Høringsvar fra Advokatforeningen. Kan leses her:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/6a7d4b77f4a742e28d9a2f00e20034af/advokatforeningen.pdf?uid=Advokatforeningen> (sjekket 4. mai 2019)

Høringsvar fra IVAR IKS: Kan leses her:

https://www.regjeringen.no/contentassets/6a7d4b77f4a742e28d9a2f00e20034af/ivar-iks.pdf?uid=IVAR_IKS (sjekket 4. mai 2019)

Høringsvar fra KS Bedrift. Kan leses her:

https://www.regjeringen.no/contentassets/6a7d4b77f4a742e28d9a2f00e20034af/ks-bedrift.pdf?uid=KS_Bedrift (sjekket 4. mai 2019)

Høringsvar fra Sandnes kommune. Kan leses her:

https://www.regjeringen.no/contentassets/6a7d4b77f4a742e28d9a2f00e20034af/sandnes-kommune.pdf?uid=Sandnes_kommune (sjekket 4. mai 2019)

Høringsvar fra Skedsmo kommune. Kan leses her:

https://www.regjeringen.no/contentassets/6a7d4b77f4a742e28d9a2f00e20034af/skedsmoiks.pdf?uid=Skedsmo_kommune (sjekket 4. mai 2019)

Rapporter:

Rapport fra ALT-advokatfirma (2013), ”Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler – Aktiviteter som er omfattet av statsstøttereglene, sentrale problemstillinger og forebyggende tiltak”. Kan leses her:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/rapport_kommunal_virksomhet_statsstottereglene.pdf (sjekket 8. mai 2019)

Rapport fra arbeidsgruppe (2018), ” Like konkurransevilkår for offentlig og private aktører”. Kan leses her:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/0c36c9f9c1ca4ecebecc7142b2420511/rapprt-like-konkurransevilkar-for-offentlige-og-private-aktorer.pdf> (sjekket 8. mai 2019)

Andre kilder:

”Veileder: EØS-avtalens regler om offentlig støtte”. Utarbeidet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, 2011. Kan leses her: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf (sjekket 8. mai 2019)

Øvre Romerike Avfallsselskap IKS sitt vedtektsfestede formål, hentet fra Enhetsregisteret. Kan leses her: <https://w2.brreg.no/enhet/sok/detalj.jsp?orgnr=971040610> (sjekket 01. mai 2019)

Øvre Romerike Avfallsselskap IKS sin selskapsavtale. Kan leses her: <https://www.oeras.no/getfile.php/133439-1516957669/Filer/Selskapsavtale%20for%20Øras%2014.12.2016.pdf> (sjekket 4. mai 2019)

Øvre Romerike Avfallsselskap IKS, informasjon angående næringsrettet virksomhet hentet fra hjemmeside: <https://www.oeras.no/naringskunde/> (sjekket 27. mars 2019)

4.6 Rettspraksis

EU-domstolen

EU-domstolens sak C-41/90, fra 23. april 1991, Höfner og Elser mod Macrotron

EU-domstolens sak C-241/94, 26. september 1996, Kimberly Clark-dommen

EU-domstolens sak C-343/95, 18. mars 1997, Diego Cali-dommen

EU-domstolens sak C-353/95, 9. desember 1997, Tierce Ladbroke-dommen

EU-domstolens fellessak C-180/98 og C-184/98, 12. september 2000, Pavlov-dommen

EFTA-domstolen

EFTA-domstolens sak E-05/07, 21. februar 2008, Private barnehager landsforbund v EFTA Surveillance Authority (Barnehagesaken)

EFTA-domstolens fellessak E-04/10, E-06/10 og E-07/10, 10. mai 2011, Liechtenstein v ESA

4.7 ESAs vedtak og EU-kommisjonen

ESAs vedtak 236/02/COL, 04. desember 2002, om statsstøtte etter statsforetaksloven

ESAs vedtak 39/07/COL, 27. februar 2007, Barnehagesaken

ESAs vedtak 91/13/COL, 27. februar 2013, Avfallssaken

EU-kommisjonen publiserte i EUT 2012 C8/4, ”*Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest Text with EEA relevance*”, punkt 2.1.1, avsnitt 13. Kan leses her: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111(02)&from=EN). (sjekket 02. mai 2019)

4.8 Vedlegg

Vedlegg 1:

Statistikk over antall IKS-er i Norge (statistikk laget 11. februar 2019)

Statistikk fra Enhetsregisteret kan hentes her: <https://www.brreg.no/produkter-og-tjenester/statistikk/bedrifts-og-foretaksstatistikk/>, under ”Totalt antall registrerte i Enhetsregisteret” (sjekket 8. mai 2019)

Vedlegg 1: Statistikk over antall IKS-er i Norge

Fylker	Antall IKS-er
Akershus	21
Aust-Agder	14
Buskerud	14
Finnmark	11
Hedmark	15
Hordaland	13
Møre og Romsdal	20
Nordland	13
Oppland	14
Rogaland	19
Sogn og Fjordane	9
Telemark	14
Troms	6
Trøndelag	28
Vest-Agder	14
Vestfold	9
Østfold	16
Total	250