



Nr. 2006:13

Oktober 2006

EØS-avtalen og norsk kommunalt handlingsrom



Forord

KS- kommunenes interesse- og arbeidsgiverorganisasjon har bedt om å få belyst forholdet mellom regelverksutviklingen innenfor EUs indre marked og mulige handlingsrom for kommunal sektor i Norge. Oppdragets målsetting har vært

- å synliggjøre et potensielt norsk *handlingsrom* i forhold til *Tjenester av allmenn betydning*, med spesiell vekt på EUs konkurranseregulering slik det er innlemmet i EØS-avtalen
- å bidra til å utforme en mer offensiv påvirknings- og handlingsstrategi for å ivareta kommunesektorens interesser når nytt EU-regelverk forberedes og innlemmes i norsk rett.

Oppdraget har vært gjennomført av Statskonsult og International Research Institute of Stavanger (IRIS). Statskonsult har hatt prosjektlederansvaret. Advokatfirmaet Schjødt har gitt bistand til den delen av prosjektrapporten som omhandler juridiske spørsmål. Medarbeidere i prosjektet har vært:

Arild Aurvåg Farsund, IRIS

Jan Ole Gudmundsen, Statskonsult

Elisabeth Taraldsen Hyllseth, Statskonsult

Sidsel Sjøvik, Statskonsult

Sissel Vemundvik, Statskonsult (prosjektleder)

Marit Viggen, Statskonsult

Bidragstere fra advokatfirmaet Schjødt har vært Knut Almestad og Trygve Olavson Laake.

Vivi Lassen, Statskonsult har vært prosjektansvarlig.

En rekke informanter har gitt viktige bidrag til rapporten. Oppdragsgiver og referansegruppe har kommet med viktige innspill underveis i arbeidet. Jorunn Sørby, Statskonsult, har ytt uvurderlig hjelp i ferdigstillingen av rapporten. Vi takker alle.


Vivi Lassen
avdelingsdirektør

Leseveiledning

Den foreliggende rapporten faller i tre ulike bolker som utgjør et hele, men som også uten vanskeligheter kan leses hver for seg. Den første bolken består av innledningskapitlet og kapittel 3, 4 og 5. I innledningskapitlet presenteres bakgrunn for prosjektet, dets avgrensning og mandat, samt metodene for gjennomføring og avklaring av sentrale begreper. I kapitlene 3, 4 og 5 følger gjennomgangen av det aktuelle EØS-regelverket.

Den andre bolken, Kapittel 6, bygger i all hovedsak på intervjuer som er gjennomført innenfor prosjektet, men inneholder også referanser til litteratur som både tar opp norske kommuners situasjon generelt og deres forhold til EØS-avtalen. Stoffet i kapittel 6 konkretiserer mange av de problemstillingene som blir tatt opp i regelverksgjennomgangen.

Kapittel 7 utgjør en egen bolk hvor temaet er påvirkning av nytt EØS-regelverk. Både EFTA-landenes generelle adgang til påvirkning av nytt EØS-regelverk og påvirkningsmuligheten i forhold til EUs beslutningssystem blir bredt behandlet. Kommunal sektors utfordringer belyses spesielt. Kapitlet avsluttes med anbefalinger om hvordan kommunal sektor kan styrke sin påvirkningsstrategi.

Kapittel 8 inneholder en kort oppsummering av hele rapporten.

Det har vært nødvendig å benytte et relativt stort antall fotnoter. Dette er gjort både for å unngå å ta alle utdypinger inn i selve teksten og for å relatere kildene direkte til den løpende framstillingen. Når notene er plassert nederst på siden og ikke ved slutten av hvert kapittel er det gjort for å lette lesingen.

Oversikten over kilder inneholder alle de dokumenter det refereres til i teksten, bortsett fra dommer og beslutninger. Disse er det referanse til bare i forntotene.

Innhold

1	Sammendrag	1
1.1	Bakgrunn for prosjektet.....	1
1.2	Hvor finnes det handlingsrom?	1
1.2.1	Avveining av hensynet til konkurranse mot andre hensyn	2
1.2.2	Offentlige anskaffelser	3
1.3	Erfaringer fra kommunene	3
1.4	Bruk og påvirkning av handlingsrom.....	4
1.4.1	Kompetanse	4
1.4.2	Styrket påvirkningsstrategi.....	5
2	Innledning	6
2.1	Bakgrunn for oppdraget	6
2.2	Oppdragets mål	7
2.2.1	Avgrensning av arbeidet.....	7
2.3	Metode.....	8
2.3.1	Begrepsavklaringer.....	8
2.3.1.1	Handlingsrom i forhold til EØS-avtalen	8
2.3.1.2	Tjenester av allmenn betydning (SGI)	9
2.3.1.3	Tjenester av allmenn økonomisk betydning (SGEI).....	9
3	EØS-avtalen	11
3.1	EØS-avtalens omfang og virkning	11
3.1.1	Gjennomføring av EØS-rettsakter i nasjonal rett.....	12
3.1.2	Håndheving og sikring av rettslig homogenitet	12
4	EØS-avtalen og nasjonalt handlingsrom	15
4.1	Avgrensning av handlingsrommet	15
4.1.1	EØS-avtalens virkeområde.....	15
4.1.2	Muligheter for avvik fra avtalens hovedprinsipper	16
4.1.2.1	Rom for restriksjoner på den fri bevegelse av varer	17
4.1.2.2	Restriksjoner på tjenester, etablering og kapital	18
4.1.2.3	Rettspraksis og forslag til tjenstedirektiv	18
4.1.3	Avveining av ulike hensyn.....	19
4.1.3.1	Krav om nødvendighet og forholdsmessighet.....	19
5	Om EUs konkurranseregelverk	20
5.1	Generelt om konkurransereglene	20
5.1.1	Kommunenes forhold til EØS- avtalens konkurranseregler	20
5.2	Reglene om offentlig støtte	21
5.2.1	Avgrensning av begrepet.....	21
5.2.2	Prosedyrer for tildeling av offentlig støtte	23
5.2.3	Kommunene som støttegivere.....	23
5.2.4	Unntaksbestemmelsene	24
5.2.4.1	Påvirkning av nye retningslinjer	24
5.2.4.2	Mer målrettet bruk av offentlig støtte	25
5.2.4.3	Aksjonsplan for offentlig støtte.....	25
5.3	Konkurransereglene og offentlige foretak.....	26
5.3.1	Utfordringer.....	26
5.3.2	Særretter og eneretter	27

5.3.3	Konsesjoner og tillatelser	28
5.3.3.1	Regler for tildeling av konsesjoner	29
5.4	Tjenester av allmenn økonomisk betydning.....	29
5.4.1	Anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 59(2)	30
5.4.2	Nødvendig kompensasjon	31
5.5	Regelverket om offentlige anskaffelser.....	32
5.5.1	Rettslig grunnlag	32
5.5.2	Formål	33
5.5.3	Generelle krav og nasjonalt handlingsrom.....	33
5.5.4	Prosedyrer.....	34
5.5.4.1	Krav om like vilkår for alle tilbydere.....	35
5.5.4.2	Særlige vilkår for gjennomføring av kontrakter.....	35
5.5.5	Virkeområde, uklarheter og gråsoner.....	35
5.5.5.1	Tildeling i egenregi til selvstendige rettssubjekter	36
5.5.5.2	Unntak fra regelverket i tilknytning til enerett.....	37
5.5.5.3	Tjenestekonsesjonskontrakter	38
5.5.5.4	Om anskaffelser innenfor interkommunalt samarbeid	39
5.5.6	Skjellsettende dommer	40
5.5.6.1	Utvikling av rettspraksis.....	41
5.6	Oppsummering.....	42
6	Kommuners erfaringer med EØS-regelverket.....	44
6.1	Utviklingstrekk i kommunesektoren	44
6.2	EØS-avtalen og kommunene.....	46
6.3	EØS-regler og opplevd kommunalt handlingsrom.....	48
6.3.1	De tre kommunene og betydning av EØS-reglene.....	48
6.3.2	Renovasjonsvirksomhet og betydningen av EØS-regler.....	49
6.4	Kommunenes opplevde erfaringer med EØS-regelverk	51
6.4.1	EØS-relaterte saker med særlig betydning.....	52
6.4.2	EØS-kompetanse	53
6.4.3	Opplevd handlingsrom	54
6.4.4	Påvirkningsstrategier	54
6.5	Oppsummering.....	55
7	Påvirkningsmuligheter innenfor EØS-avtalen.....	57
7.1	Påvirkning av EUs organer	57
7.1.1	Deltakelse og påvirkning i ekspertgrupper.....	57
7.1.2	Deltakelse i komitologikomiteer.	59
7.1.3	EFTA-deltakelse i kraft av EØS-avtalen artikkel 101	61
7.1.4	EFTA-deltakelse i programkomiteer (EØS-avtalen art. 81)	61
7.1.5	Uformell påvirkning overfor EUs besluttede organer.....	61
7.1.6	Forbedringspunkter	63
7.2	Innlemming av EØS-regler i norsk rett.....	65
7.2.1	Prosedyrer.....	65
7.2.2	Handlingsrom og tilpasning til norske forhold	66
7.2.3	Innhenting av synspunkter fra brukere og interessenter.....	67
7.3	Spesielle utfordringer for kommunal sektor.....	67
7.3.1	Kommunal sektors arbeid i forhold til EU	68
7.3.2	Kommunal sektors arbeid mot sentrale myndigheter	69
7.3.3	Forslag til forbedringer.....	70

8	Oppsummering	72
9	Intervjuer	73
10	Kilder	75

1 Sammendrag

1.1 Bakgrunn for prosjektet

Norge deltar i kraft av EØS-avtalen i EUs indre marked. Avtalen setter grenser for nasjonal politikk som strir mot det indre markeds prinsipper om fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital. Kommunene berøres i vesentlig grad av avtalen både som myndighetsorganer og som aktører i markedet.

EØS utgjør et stort geografisk område med nasjonale og regionale variasjoner som krever spesielle tilpasninger når felles regler skal utformes og håndheves. Håndteringen av dette er bygget inn i selve avtalen. Det finnes regler for hvordan nytt regelverk kan påvirkes og prinsipper for hvordan ulike hensyn kan veies mot hverandre når regelverket håndheves. God kjennskap til utformingen av disse reglene og prinsippene, samt til hvordan de brukes i praksis, gir styrket oversikt over det handlingsrommet som til enhver tid måtte finnes for nasjonale, regionale og kommunale tilpasninger.

EØS avtalen forplikter kommunene både som bestillere og leverandører av offentlige tjenester, eiere av kommunale og interkommunale selskaper, forvaltere av kommunal eiendom og som næringsutviklere. KS har bedt om å få belyst det faktiske handlingsrommet norske kommuner har innenfor dette avtaleverket når det gjelder å kunne tilby allmennheten *Tjenester av allmenn betydning* på måter som er tilpasset lokale behov og politiske mål. Det området som er tillagt spesiell vekt er handlingsrommet i forhold til EØS-avtalens konkurranseregulering.

KS har videre bedt om bistand til å utforme en mer offensiv påvirknings- og handlingsstrategi for å ivareta kommunesektorens interesser når nytt EU-regulering forberedes i EUs beslutningssystem og innlemmes i norsk rett.

1.2 Hvor finnes det handlingsrom?

De undersøkelsene som er gjort i prosjektet viser at kommunenes handlingsrom i forhold til EØS-avtalen er betinget av de mulighetene for tilpasninger til nasjonale forhold som er innebygd i avtalen. Disse mulighetene består av adgangen for nasjonale eksperter til å bli hørt i tilknytning til utviklingen av nytt regelverk, adgangen til å avgjøre hvordan direktiver skal innlemmes i nasjonal rett bare direktivets mål blir ivaretatt, og muligheter til å veie ulike konkurransemessige hensyn og andre samfunnshensyn mot hverandre når beslutninger tas innenfor EØS-avtalens virkeområde.

På områder som ikke er regulert av egne direktiver eller andre sekundær-rettslige regler kan det formelt sett være større åpenhet for nasjonale tilpasninger enn på områder hvor de ulike hensynene allerede er blitt veid mot hverandre i selve arbeidet med utformingen av regelverket. Når det foreslås restriksjoner på den frie konkurransen stilles det allikevel strenge krav til godtgjøring av at de aktuelle tiltakene er nødvendige og at de er godt egnet til å nå sine mål. Rettspraksis har etter hvert klargjort hva som godtas og dermed skapt større forutsigbarhet. I praksis har det vist seg at så godt som ethvert politisk hensyn som er grunnet på objektive kriterier vil kunne påberopes.

Økonomiske hensyn, hensynet til offentlige finanser og administrative forhold godtas ikke.

Muligheten til å påvirke utfallet i enkeltsaker på områder som krever forhåndsgodkjenning av ESA er svært begrenset. ESA plikter å fatte sine vedtak i samsvar med gjeldende retningslinjer og domspraksis fra EFTA-domstolen, samt å ta behørig hensyn vedtak fattet av Europakommisjonen og EF-domstolen. Når ESA utarbeider nye retningslinjer kan disse påvirkes gjennom nasjonale konsultasjoner som overvåkningsorganene inviterer til.

Kommunene berøres av EØS-avtalen på områder hvor det har hersket, og fortsatt hersker en viss juridisk uforutsigbarhet. Dette gjelder først og fremst konsekvenser av ulike former for bruk av markedsmekanismer i den kommunale tjenesteproduksjon. Dommer og revisjon av regelverket har bidratt til en gradvis klargjøring av disse spørsmålene. Klargjøringen innebærer imidlertid også en fare for innskrenking av det handlingsrommet som måtte ha eksistert i kraft av de juridisk uklare punktene.

God kunnskap om EØS-avtalens oppbygging og virkemåte er en forutsetning for å kunne benytte seg av det aktuelle handlingsrommet. Avtalens kompleksitet gjør det vanskelig å ha full oversikt. Dette er i seg selv med på å innskrenke det faktiske handlingsromme som formelt sett vil kunne være tilstede.

Kommunene berøres av regelverket for offentlig støtte både som potensiell støttegiver, i tilknytning til selskapsdannelser og ved ulike former for konkurranseutsetting av tjenesteproduksjon. Som støttegivere kan kommunene dra nytte av ulike typer unntak fra det generelle forbudet mot offentlig støtte til særskilte virksomheter.

1.2.1 Avveining av hensynet til konkurranse mot andre hensyn

Det ligger i selve EØS-avtalens konstruksjon at hensynet til konkurranse skal kunne veies mot hensyn av ikke-økonomisk karakter. Det gis rom for egne nasjonale reguleringer når målet er å ivareta og beskytte viktige samfunnsinteresser. Det er også adgang til å avvike fra konkurransereglene og det generelle forbudet mot offentlig støtte til enkeltvirksomheter når hensikten er å tilby tjenester til publikum som markedet ikke makter å levere på en politisk ønskelig måte.

Det kommunale handlingsrommet i forhold til konkurranseregelverket ligger først og fremst i at kommunene selv kan velge hvordan de organiserer de tjenestene de vil tilby befolkningen, bortsett fra på områder som er pålagt åpnet for konkurranse. Dersom kommunene produserer sine tjenester selv og leverer dem til publikum uten vederlag kommer ikke konkurranseregelverket til anvendelse. EØS-avtalen er også nøytral i forhold til offentlig eller privat eierskap. Dersom en kommune skiller ut egne selskap for tjenesteproduksjon vil kommunen selv kunne velge å bli stående som eier. Kommunalt eide selskapene vil, som markedsaktører, bli underlagt EØS-avtalens konkurranseregler for virksomheter på linje med privat eide selskaper. Dette innebærer blant annet at de bli overvåket med hensyn til utnytting av dominerende stilling i markedet og forekomsten av skjult offentlig støtte etc.

Dersom kommunalt eide selskap har fått enerett av en eller flere kommuner til å utføre visse oppgaver, men samtidig selger tilsvarende eller andre tjenester i markedet kan det oppstå fare for krysssubsidierting som innebærer skjult offentlig støtte. Det stilles strenge krav til innsyn i denne typen forhold, først og fremst gjennom bruk separate regnskap for de ulike aktivitetene.

1.2.2 Offentlige anskaffelser

Når en kommune overlater til andre rettssubjekter å utføre tjenester, kommer reglene for offentlige anskaffelser, som er avledet av EØS-avtalens artikkel 65, til anvendelse. Formålet med disse reglene er å gjennomføre prinsippene om fri konkurranse gjennom lik behandling av alle tilbydere, samt effektiv utnytting av samfunnets ressurser. En ny målsetting for regelverket er at det skal bidra til at offentlige aktører opptrer med integritet.

Reglene for offentlige innkjøp gir ikke store muligheter til å forfølge egne politiske mål når det gjelder å velge kontraktspartner uten å ta hensyn til de foreskrevne prosedyrene. Det finnes imidlertid en del anskaffelser hvor det ikke er påkrevd med anbudsrunder, som gjerne oppfattes som den mest krevende prosedyren. Dette gjelder for anskaffelser under *terskelverd* og for såkalte *uprioriterte tjenester*, som omfattes av tjenester som i liten grad egner seg for handel over landegrensene, slik som for eksempel helse- og sosialtjenester. EØS-avtalens grunnleggende prinsippet om konkurranse, likebehandling av alle tilbydere, åpenhet og etterprøvnbarhet gjelder imidlertid også her når kontrakter inngås.

Tjenestekonesjonskontrakter omfattes ikke av regelverket for offentlige innkjøp, men her kan det også være hensiktsmessig å benytte anbudsrunder for å sikre at EØS-avtalens grunnleggende prinsipper blir oppfylt når kontrakter blir inngått. Det finnes nasjonalt handlingsrom når det gjelder fastsetting av terskelverdier, men her har norske myndigheter valgt å legge seg betydelig lavere enn det EØS-regelverket krever. Norske kommuner velger også i en del tilfeller å bruke anbudsrunder innenfor områder som omfattes av begrepet uprioriterte tjenester.

Når kommuner legger tjenesteproduksjon ut på anbud kan de selv være med og konkurrere om kontrakten forutsatt at de har sørget for at alle tilbydere får like vilkår. Ulikheter i rammebetingelser kan gjøre at kommunen som tilbyder får bedre vilkår enn de andre aktørene i markedet. Dette kan innebære skjult offentlig støtte. Det samme kan skje ved selskapsdannelser dersom et kommunalt eid selskap gis bedre betingelser enn konkurrentene, for eksempel gjennom gunstige lån, beskjedne avkastningskrav eller romslige midler til omstilling. Dersom en virksomhet pålegges å utføre ulønnsom tjenesteproduksjon kan virksomheten gis kompensasjon for ulønnsomheten uten at dette regnes som ulovlig offentlig støtte.

1.3 Erfaringer fra kommunene

I følge de undersøkelsene som er gjort i de tre utvalgte kommunene i prosjektet oppleves ikke forholdet til EØS-regelverket som noe stort problem i

dagliglivet. Det EØS-regelverket som generelt sett har størst betydning i deres løpende virksomhet er regelverket om offentlige anskaffelser.

EØS-regelverket kan i enkelte tilfeller skape problemer i forhold til kommunenes politiske mål, men ofte handler det om å kunne anvende reglene på riktig måte, slik at regelbrudd kan unngås. Regelverkets kompleksitet krever høy spesialisert kompetanse og det er i seg selv en utfordring. Jurister og fagpersoner ser det imidlertid ofte som en fordel å ha EØS-regelverket å støtte seg til, mens spesielt politikere kan oppleve at regelverket setter grenser for deres handlegfrihet, for eksempel når det gjelder å velge partnere for offentlig/privat samarbeid, salg av kommunal eiendom m.m. Et ikke ubetydelig antall saker som angår offentlige anskaffelser er blitt klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og for EFTAs overvåkningsorgan ESA. Klagesakene har, uavhengig av utfall, ført til kompetanseheving og skjerpet oppmerksomhet

Kommunene er i alt vesentlig klar over at EØS-avtalen gir dem full handlegfrihet når det gjelder valg av organisasjonsformer, men denne handlegfriheten er ikke et avgjørende hensyn når slike valg tas. Krav om effektivisering og delegering av myndighet gjør at det velges organisasjonsmodeller som gjør at ulike bestemmelser i EØS-avtalen kommer til anvendelse. Det kan være krevende å ha full oversikt over hvilke modeller som ”utløser” de ulike reglene. Det knytter seg dessuten i visse tilfeller juridisk uforutsigbarhet til hvordan de vil slå ut.

Den juridiske uforutsigbarheten får størst konsekvenser på områder hvor kommunene må gjøre store investeringer og hvor organisasjonsformen vil kunne få avgjørende betydning for effektiviteten. Renovasjon er et slikt område. Her ytres det ønske om at nasjonale myndigheter burde komme med klarere retningslinjer for hvilke organisasjonsformer som kan velges, slik at det for eksempel fortsatt kan være tillatt å tildele oppdrag til enheter som skilles ut uten å ta i bruk anbudsprosedyrer. Utvikling i rettspraksis viser at det settes strenge krav til eierkommuners kontroll med utskilte selskap dersom direkte tildeling skal kunne benyttes. Slike selskap må også ha hovedtyngden av sine leveranser til eierkommunene for at direkte tildeling skal kunne godtas.

1.4 Bruk og påvirkning av handlingsrom

1.4.1 Kompetanse

EØS-avtalen er komplisert og for å kunne utnytte det handlingsrommet som finnes er det viktig å bygge solid kompetanse om avtalens prinsipper, regler og rettsutviklingen.

I kommunene er det en klar tendens i retning av at kompetansen er best utviklet hos fagfolk med spesielle funksjoner, slik som innkjøpere, juridisk rådgiving etc. Politikerne innehar i mindre grad denne typen ”teknisk” kompetanse. Et område hvor også administrativt personale synes å ha begrenset kompetanse, er offentlig støtte. Her fins det flere muligheter som i liten grad benyttes, som for eksempel støtte som faller inn under ulike former for gruppefritak fra det allmenne støtteforbudet.

1.4.2 Styrket påvirkningsstrategi

KS ser det som ønskelig å styrke kommunal sektors påvirkning av EUs politikk- og regelverksutvikling. Dette vil i tillegg til styrking av EØS-kompetansen være avhengig av god politisk forankring av det EØS-relaterte arbeidet i kommunene, slik at arbeidet får legitimitet og kan prioriteres.

Utvikling av helhetlige strategier for påvirkningsarbeidet vil innebære:

- Styrket oppbygging av kompetansen hos politikere, ledere og fagfolk i kommunene om hvordan EØS-avtalen påvirker kommunal sektor og hvordan informasjons- og påvirkningsarbeid overfor nasjonale og europeiske myndighetsorganer kan gjennomføres
- Å etablere en tettere dialog med sentralforvaltningen, og da særlig med sektordepartementer som forvalter EØS-regelverk med stor betydning for kommunene, enten direkte eller gjennom aktuelle interesseorganisasjoner
- Å styrke bruk av tilgjengelige kanaler inn mot EUs besluttsende organer gjennom bedre prioritering av hvilke relasjoner som bør styrkes, hvilke allianser som bør bygges og hvilke saksområder som bør følges over tid.

2 Innledning

2.1 Bakgrunn for oppdraget

Norge deltar i kraft av EØS- avtalen i EUs indre marked. Som myndighetsorganer er kommunene direkte bundet av forpliktelsene i avtalen. Utviklingen av samfunnet og markedet fører i tillegg til at kommunene som selvstendige aktører i markedet i økende grad blir berørt av avtalens bestemmelser. Dette gjelder for kommunene både som bestiller og leverandør av offentlige tjenester, som eier av kommunale og interkommunale selskaper, som forvaltere av kommunal eiendom og som næringsutviklere.

EØS- avtalen setter grenser for nasjonal politikk og lovgiving som strir imot det indre markeds prinsipper om fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital. Prinsippene er nedfelt i de delene av EUs traktatgrunnlag som er tatt inn i EØS-avtalen og videreføres i sekundærlovgiving som har til hensikt å styrke utviklingen av markedet. Homogen etterlevning av regelverket skal sikre like konkurransevilkår for alle aktører innenfor hele EØS-området.

EØS utgjør et stort geografisk område hvor det finnes både nasjonale og regionale variasjoner som kan kreve spesielle tilpasninger når reglene skal utformes og håndheves. EØS-landet Norge har begrensede muligheter til å påvirke den utformingen av regelverket som foregår på fellesskapsnivå. Den eneste formelle åpningen er norske fageksperters rett til å bli konsultert av Europakommisjonen når den forbereder nye EU-rettsakter og beslutninger på områder hvor Kommisjonen har delegert myndighet. All annen påvirkning må skje gjennom formidling av synspunkter i EØS-komiteen eller gjennom uformelle kanaler. Det er imidlertid en viss mulighet for nasjonal tilpasning når EU-direktiver innlemmes i nasjonal rett. EFTA-landene har også en teoretisk adgang til å reservere seg mot at ny lovgiving blir tatt opp i EØS-avtalen, men de risikerer da at den berørte del av avtalen blir suspendert.¹

Det er imidlertid bygget inn et visst handlingsrom for nasjonal, regional og kommunal politikk i forhold til avtalens prinsipper om fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital. Det gis rom for egne nasjonale reguleringer når målet er å ivareta og beskytte viktige samfunnsinteresser. Det gis også mulighet til å avvike fra konkurransereglene når hensikten er å tilby tjenester markedet ikke makter å dekke på en politisk ønskelig måte. Det finnes videre mulighet for tilpasning i enkeltsaker i kraft av unntaksregler eller rom for skjønn.

Tidligere undersøkelser har vist at muligheten til norsk påvirkning av EU-regelverk i forberedelsesfasen kunne vært bedre utnyttet.² En offentlig utredning om forholdet mellom regional statstøtte og EØS-reglene viser at det på flere punkter har hersket uklarhet både om hva som reguleres gjennom EØS-avtalen og hvilke muligheter regelverket gir for gjennomføring av

¹ Det siktes her til den såkalte ”vetoretten” som foreløpig aldri har vært benyttet.

² *Norsk innflytelse gjennom EU-komiteer*. Statskonsult rapport 2001:15.

Riksrevisjonens undersøkelse av forvaltningens arbeid med utformingen av EØS-relevant regelverk. Riksrevisjonen. Administrativ rapport nr.2 (2005-2006)

nasjonal/regional politikk.³ I den offentlige debatt påstås det også at norske politikere og myndigheter er for lite offensive når det gjelder å påvirke utformingen av nytt regelverk og å utnytte det handlingsrommet som måtte finnes på områder som reguleres av EØS-avtalen.

Økt kunnskap om hvor det måtte finnes potensielt handlingsrom i selve avtalen og eksempler på hvordan handlingsrom faktisk blir brukt, vil kunne styrke norske myndigheters mulighet til å handle ut fra egne politiske prioriteringer innenfor rammen av EØS.

2.2 Oppdragets mål

KS- kommunenes interesse- og arbeidsgiverorganisasjon har bedt om å få belyst forholdet mellom regelverksutviklingen innenfor EUs indre marked og mulige handlingsrom for kommunal sektor i Norge. Oppdragets målsetting er todelt:

- Å synliggjøre et potensielt norsk *handlingsrom* i forhold til *Tjenester av allmenn betydning*, med spesiell vekt på EUs konkurranseregulering slik det er innlemmet i EØS-avtalen
- Å bidra til å utforme en mer offensiv påvirknings- og handlingsstrategi for å ivareta kommunesektorens interesser når nytt EU-regelverk forberedes og innlemmes i norsk rett.

2.2.1 Avgrensning av arbeidet

Oppdragets mål indikerer arbeid på et meget omfattende saksfelt. I samråd med oppdragsgiver er det blitt avgrenset til å omfatte

- kartlegging og analyse av generelle bestemmelser innenfor EØS-avtalen, med betydning for kommunal sektor, framfor alt konkurransereguleringen slik det er nedfelt i EF-traktaten/EØS-avtalen, inkludert sekundærlovgiving og rettsutvikling på konkurranseområdet
- kartlegging og analyse av hvilke utfordringer EØS-regelverket skaper og hvordan utfordringene blir møtt i kommunal sektor, gjennom innhenting av data fra tre utvalgte kommuner: Oslo, Stavanger og Tromsø, fra utvalgte sektorer og fra KS sin egen virksomhet
- eksempler fra enkeltsaker i Norge og andre EU/EØS-land
- kartlegging og analyse av generelle påvirkningsmuligheter for norske myndigheter overfor EUs organer, inkludert spesielle utfordringer for kommunal sektor
- medvirke til å legge grunnlag for mer offensiv bruk av eksisterende handlingsrom innenfor EØS-avtalen og for påvirkning av nytt EØS-regelverk

³ *Regional statsstøtte og EØS-reglene*. NOU 2004:15
Statskonsult 2006

2.3 Metode

Norske kommuners handlingsrom i forhold til EØS-avtalen belyses i dette arbeidet gjennom en teoretisk gjennomgang av EØS-regelverket, med henblikk på hvilke muligheter det gir for tilpasninger ut fra nasjonale, regionale og kommunalpolitiske mål, og ved hjelp av eksempler som viser hvordan regelverket er blitt tolket og brukt både generelt og i enkeltsaker. Det er også gjort undersøkelser av hvordan kommuner berøres av EØS-regelverket i sitt daglige virke og hvordan de gjennom ulike kanaler arbeider med påvirkning av politikk- og regelverksutvikling, både i forhold til europeiske og nasjonale beslutningstakere. Når det gjelder råd om styrking av påvirkningsarbeidet, bygger dette både på tidligere arbeider og informasjon som er kommet fram i seminarer hvor KS har deltatt.

Datainnsamlingen har vært gjennomført ved hjelp av dokumentstudier, intervjuer med nøkkelpersoner i utvalgte kommuner og utvalgte interkommunale selskaper, intervjuer med nøkkelpersoner i KS, samt gjennom seminarer. De konkrete eksemplene på hvordan reglene er blitt tolket og brukt er hentet fra rettspraksis, beslutninger fattet av overvåkningsorganene Europakommisjonen og ESA, Konkurransetilsynet og fra de utvalgte kommunene og tjenestesektorene.

De utvalgte kommunene hvor det har vært gjennomført intervjuer er Oslo, Stavanger og Tromsø og de interkommunale selskapene er Bergensområdets Interkommunale Renovasjonsselskap (BIR AS) og Interkommunalt vann-, avløps-, og renovasjonsverk (IVAR IKS), som er eid av Stavanger og ti andre tilgrensende kommuner.⁴

2.3.1 Begrepsavklaringer

Oppdraget inneholder flere betegnelser som det har vært behov for å drøfte betydningen av. Dette gjelder betegnelsene ”handlingsrom”, ”tjenester av allmenn betydning” og ”tjenester av allmenn økonomisk betydning”.

2.3.1.1 Handlingsrom i forhold til EØS-avtalen

Å ha *handlingsrom* brukes i norsk dagligtale om det å kunne handle innenfor rammer som gir mulighet til å ta egne initiativ, forfølge egne mål eller velge egne metoder. Ordet brukes ofte i omtalen av forhold som er, eller ligger an til å bli rettslig regulert på måter som kan begrense ulike aktørers handlefrihet. Det brukes hyppig om nasjonale, regionale og kommunale politikere og myndigheters mulighet til å handle ut fra egne politiske mål innenfor rammen av EØS-avtalen.⁵ Det snakkes også om å opprettholde eller skape handlingsrom gjennom å påvirke hvordan regelverk blir utformet og/eller tolket.

Vår kontekst er *norsk kommunalt handlingsrom* i forhold til ”tjenester av allmenn betydning” med spesiell vekt på kommunenes mulighet til å handle ut fra egne politiske mål på områder som reguleres gjennom EØS-avtalen. Sett fra

⁴ Navn på informanter er gjengitt *Intervjuer* bakerst i rapporten.

⁵ jf. NOU 2004:15 *Regional statstøtte og EØS-reglane*. Utvalget som sto for utredningen ble populært kalt ”Handlingsromsutvalget”.

kommunenes ståsted kan dette handle både om å være med på å *motvirke* at nye områder som tidligere har falt innenfor den kommunale sjølråderetten blir regulert av EØS-regelverk, å *påvirke utformingen* av slikt regelverk mens det er til behandling i EUs besluttede organer og under innlemmingen i norsk rett, samt om å *bruke de muligheter for ulike løsninger* som vedtatt regelverk gir i form av unntaksbestemmelser eller bruk av skjønn i enkeltsaker.

Å bruke handlingsrommet i forhold til EØS-regelverket kan også bety å bruke de *prosedylene* som står til rådighet i enkeltsaker på en effektiv måte. Det henseiles her på *notifisering* til ESA og muligheten for å trekke en sak for EFTA-domstolen dersom ESA ikke gir medhold i den nasjonale tolkningen av EØS-regelverket. I noen saker kan problemstillingen være at det er Staten som opptrer i strid med kommunenes interesser i forhold til EØS-avtalen.

Det faktiske handlingsrommet innenfor EØS-avtalen er en størrelse som det ikke er lett å identifisere. Avtalen åpner for avveininger av ulike hensyn, men hvordan dette skal forstås i praksis springer ikke fram av teksten på en enkel måte. Handlingsrommet klargjøres gjennom avgjørelser i enkeltsaker, dommer og gjennom utvikling av sekundærretten. Regelverksutvikling gir mulighet for politisk påvirkning (jf. kap.7). Skjønnsutøvelsen ligger på sentrale områder, slik som offentlig støtte, hos ESA (jf. kap.5.2). God kjennskap til ESAs prosedyrer og retningslinjer for skjønnsutøvelse øker muligheten for å kunne utnytte eksisterende handlingsrom.

2.3.1.2 Tjenester av allmenn betydning (SGI)

Betegnelsen *Tjenester av allmenn betydning* er en norsk oversetting av betegnelsen *Services of General Interest* (SGI). *Tjenester av allmenn interesse* og *Tjenester i allmennhetens interesse* er andre norske oversettelser som brukes om det samme. Oversettingene kan neppe sies å gi en umiddelbar forståelse av hva det refereres til uten at man allerede har god kjennskap til konteksten. Til det er den for mye i utakt med vanlig norsk språkbruk. Betegnelsen *Services of General Interest* finnes ikke i EF-traktaten, men i følge den definisjonen som Europakommisjonen bruker refererer den til ”*both market and non-market services which the public authorities class as being of general interest and subject to specific public service obligations* sektor”.⁶ Det vil si at begrepet omfatter *alle* tjenester som det offentlige har tatt på seg ansvaret for å tilby borgerne i et land, og som enten utføres av offentlige organer selv, eller som det offentlige på ulikt vis overlater til aktører i markedet å produsere.

2.3.1.3 Tjenester av allmenn økonomisk betydning (SGEI)

Services of General Economic Interest (SGEI) er en undergruppe av SGI.

Betegnelsen *Services of General Economic Interest* (SGEI), som på norsk oversettes med *Tjenester av allmenn økonomisk interesse* eller *Tjenester av allmenn økonomisk betydning* finnes i EF-traktatens artikkel 86(2)/EØS-

⁶ Betegnelsen SGI ble første gang brukt i Europakommisjonens *Communication on services of general interest* (Com (1996) 433) og er siden blitt nærmere definert av Kommisjonen i dens *Greenpaper on Services of General Interest* (Com (2003) 270).

avtalens artikkel 59(2), som danner grunnlaget for å kunne balansere hensynet til konkurranse mot hensynet til utførelsen av samfunnsnyttige tjenester.⁷ Det er ikke gitt noen klar definisjon av betegnelsen i traktaten og den er heller ikke blitt definert i sekundærlovgivingen. Gjennom rettspraksis er det blitt avklart at betegnelsen refererer til *all økonomisk aktivitet* som følger av at en virksomhet, offentlig eller privat, er pålagt samfunnsmessige forpliktelser.⁸ Disse tjenestene refereres også til som tjenester av *økonomisk art*.

Grenseoppgangen mellom SGEI og resten av SGI er av stor betydning da det kun er SGEI som reguleres av EF-traktaten/EØS-avtalen. Hvilke tjenester dette til enhver tid dreier seg om i det enkelte land vil avhenge av om landets myndigheter har valgt å tilby tjenesten til sine borgere på markedsmessige vilkår eller ikke. Landene har frihet til å velge dette innenfor alle tjenesteområder unntatt der hvor det er kommet pålegg om åpning for konkurranse, slik som innefor telekommunikasjon, post, transport og energi.

Mange land frykter forøvrig at denne friheten skal innskrenkes ytterligere ved at det kommer pålegg om åpning for konkurranse på nye tjenesteområder. Det har derfor oppstått krav om at det bør komme en klarere avgrensning på fellesskapsnivå av hvilke tjenester som tilhører et kjerneområde hvor fellesskapsretten ikke skal kunne komme med slike pålegg.⁹ I drøftingen av disse spørsmålene har Europakommisjonen introdusert enda en ny underkategori av SGI, nemlig *Social Services of General Interest*.¹⁰

⁷ Artikkelen sier at foretak som har fått i oppgave å utføre *services of general economic interest* skal være underlagt traktatens/avtalens regler bare i den utstrekning de ikke *rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgavene som er tillagt dem*

⁸ Kommisjonen presiserer at virksomheter som har ansvar for å utføre SGEI må kunne vise til at de er pålagt dette ansvaret *by way of one or more official act* som EU/EØS-landene selv velger å benytte seg av. (Community framework for State aid in the form of public service compensation. (2005/C 297/04). Presiseringen refererer seg til to sentrale dommer: Ferring (C-53/00) og Altmark Trans (C280/00) som sier at forpliktelsene må være *klart definert*.

⁹ KS har undersøkt utviklingen innenfor vann- og avløpssektoren og konkludert med at det ikke er nært forestående planer fra Europakommisjonens side om å foreslå pålegg om åpning for konkurranse innefor sektoren. (*Brytningstider for vann- og avløpssektoren? Om konsekvenser for kommunene av en eventuell liberalisering*. SINTEF/KS 2005)

¹⁰ Europakommisjonen kom 26. april 2006 med en *kommunikasjon* (COM (2006) 177 final) hvor det på empirisk grunnlag listes opp kjennetegn som karakteriserer *Social Services of General Interest*.

3 EØS-avtalen

3.1 EØS-avtalens omfang og virkning

EØS-avtalen er formelt sett en mellomstatlig avtale mellom tre EFTA-land på den ene side og Det europeiske fellesskap (EF) og EUs medlemsland på den annen. Den gir Norge adgang til EUs indre marked. Innholdet i avtalens grunnbestemmelser er i hovedsak identisk med de tilsvarende prinsipper i EF-traktaten. Avtalen medfører plikt til å innarbeide EØS-regelverk i nasjonal rett slik at det kan håndheves likt i hele EØS-området. Dette går ut over de forpliktelser som tradisjonelt følger av mellomstatlige avtaler hvor det enkelte land bare påtar seg å sørge for at det ikke er motstrid mellom den aktuelle avtalen og landets lover. EØS-loven¹¹ sier at EØS-avtalens hoveddel skal gjelde som norsk lov, og at lover som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen i tilfeller av motstrid skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.

Hovedhensikten med EØS-avtalen er å gi EFTA-landene tilgang til det indre marked, og den omfatter som konsekvens av dette

- prinsippene om fri bevegelighet for varer, tjenester, kapital og personer
- felles konkurranseregler
- minimumsregler og -krav for å ivareta hensyn som helse og sikkerhet, miljøvern og forbrukerinteresser

Avtalen omfatter også samarbeid på *andre samfunnsområder* som har betydning for utviklingen av det indre marked, slik som forskning, utdanning, miljøvern, forbrukerpolitikk, kultur, sosialpolitikk, likestilling, turisme, små og mellomstore bedrifter. Dette samarbeidet har en vanlig folkerettslig karakter.

Avtalen omfatter imidlertid ikke

- EFs tollunion og handelspolitikk overfor tredjeland
- EUs felles marked for landbruksvarer og felles landbrukspolitikk
- EUs fiskeripolitikk og felles marked for fisk og andre produkter fra havet
- EUs utenriks- og sikkerhetspolitiske samarbeid
- EUs justis- og politisamarbeid (Schengen-samarbeidet, som omfatter deler av justissamarbeidet, bygger på Schengen-avtalen)
- andre og nye saksfelt som er kommet inn i EU-samarbeidet eller er blitt utvidet eller forandret gjennom endringer i EUs traktater etter at EØS-avtalen ble inngått

EØS-avtalen gir ikke rett til medvirkning i EUs besluttede organer, men anledning for EFTA-landene til å bli *konsultert på ekspertnivå* og å komme

¹¹ Lov av 27.11.92 nr. 109.

med faglige innspill i den forberedende fasen når Europakommisjonen utarbeider forslag til EØS-relevant regelverk, til å delta som observatør i komiteer som forbereder beslutninger på områder hvor Kommisjonen har delegert myndighet, samt til å delta i visse andre navngitte komiteer.¹²

Avtalen overfører ikke lovgivningsmyndighet til noen institusjon i systemet. Ny lovgivning kan bare innlemmes på grunnlag av vedtak som EFTA-landene gir sin tilslutning til i EØS-komiteen. Det enkelte vedtak blir folkerettslig bindende for EFTA-landene og forplikter dem til å innlemme de aktuelle rettsaktene i nasjonal lovgivning.

3.1.1 Gjennomføring av EØS-rettsakter i nasjonal rett

Ingen beslutninger i EØS-komiteen får virkning i EFTA-landene innenfor EØS-området før de er innlemmet i nasjonal rett gjennom lov eller forskrift. Hvordan de ulike rettsaktene som er besluttet tatt inn i nasjonal rett skal innlemmes avhenger av rettsaktens karakter. Dersom det dreier seg om en *forordning* (regulation), skal den innlemmes ordrett, grunnet at den er *bindende i alle deler*. Når det gjelder *direktiver* som bare er *bindende i sin målsetting* står nasjonale myndigheter mer fritt når det gjelder hvordan de vil velge å innlemme de aktuelle bestemmelsene. *Anbefalinger* (recommendations) og *uttalelser* (opinions) er ikke bindende, men nasjonale myndigheter kan allikevel være forpliktet til å følge dem i tolkinger av fellesskapsreglene og når det skal tas beslutninger i enkeltsaker.

3.1.2 Håndheving og sikring av rettslig homogenitet

For at det indre marked skal kunne fungere er det ikke bare nødvendig at medlemslandene har felles regler for forhold som kan påvirke samhandelen, men også at reglene blir håndhevet på samme måte i hele EØS-området.

Håndhevingen av EU/EØS-reglene gjennomføres i alt vesentlig av nasjonale forvaltningsapparater og domstoler, men Europakommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan ESA overvåker at regelverket blir korrekt innlemmet i de enkelte lands rettssystemer og korrekt anvendt. På visse områder har overvåkingsorganene *utvidet myndighet*.¹³

Overvåkingen skjer både gjennom faste prosedyrer som skal sikre at nytt regelverk blir korrekt innlemmet i nasjonal rett, ved *behandling av klager* fra ulike aktører som mener å ha vært utsatt for brudd på gjeldende regelverk, og ved at *saker tas opp på eget initiativ* ved mistanke om regelbrudd. For at håndhevingen av regelverket skal bli mest mulig lik innenfor hele EØS-området plikter ESA å fatte avgjørelser i samsvar med Europakommisjonens praksis og prosedyrer.

¹² EØS-avtalens art. 99, 100 og 101.

¹³ Overvåkingsorganene har utvidet myndighet på en del områder: Konkurranseregler for foretak, offentlig støtte, inspeksjon av næringsmiddelbedrifter, dyrehelse og systemer for sikkerhet i lufttransport. Her utfører de både oppgaver som tradisjonelt har ligget hos nasjonale tilsynsorganer og oppgaver som er kommet til som følge av fellesskapsreglene, blant annet kontrollen med tildelingen av offentlig støtte.

Dersom EU/EØS-landene ikke retter seg etter overvåkningsorganene, kan de i siste instans bringes inn for henholdsvis EF-domstolene eller EFTA-domstolen, som treffer bindende avgjørelser. For at rettsavgjørelsene skal bli mest mulig like, krever EØS-avtalen at EØS-regelverket skal tolkes i samsvar med de avgjørelser som EF-domstolen fattet før avtalen ble inngått 1992. EFTA-domstolen er også forpliktet til å ta behørig hensyn til EF-domstolens senere praksis når den avgjør en sak.

Overvåkningsorganenes kompetanse til å utøve skjønn på de områdene hvor de har utvidet myndighet kan bare kontrolleres av henholdsvis EF-domstolene og EFTA-domstolen. Overvåkningsorganenes avgjørelser kan ankes inn for domstolene, og individer og foretak som er direkte og individuelt berørt av vedtakene har også ankerett.

Overvåkningsorganene har på enkelte områder store muligheter for å utøve skjønn. Skjønnsutøvelsen foregår imidlertid ikke bare fra sak til sak. Store deler av skjønnsmyndighet blir brukt til å utarbeide rammeverk og retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Disse reglene får en rettslig karakter ved at overvåkningsorganene er forpliktet til å rette seg etter dem når de fatter vedtak i enkeltsaker. Nasjonale myndigheter blir konsultert når retningslinjene blir utarbeidet, og konsultasjonene gir god mulighet til å påvirke regler som kan få vidtrekkende betydning for ulike sektorer.¹⁴ ESA plikter å ta behørig hensyn til Europakommisjonens praksis når retningslinjene utarbeides.

For å bedre overvåkningsorganenes kapasitet har det i de senere år pågått en prosess med å delegere avgjørelsesmyndighet til nasjonale fagmyndigheter på de områdene hvor overvåkningsorganene har utvidet myndighet. Prosessen er kommet lengst når det gjelder håndhevingen av konkurransereglene for virksomheter innenfor områdene konkurransebegrensende samarbeid og utnyttning av dominerende stilling. Når det gjelder offentlig støtte er det innført såkalte gruppefritak, som gir nasjonale myndigheter adgang til å tildele støtte av ulik art innenfor gitte rammer.

Sett i fra fellesskapsnivå representerer sikringen av rettslig homogenitet en stor utfordring. EØS-området er stort og representerer ulike retts- og forvaltnings-tradisjoner. Mangel på forvaltningsmessig kapasitet og hensiktsmessig organisering, ikke minst når det gjelder tilsynsfunksjoner, kan få stor betydning for håndheving av regelverket. Fellesskapsretten regulerer ikke organiseringen av nasjonale forvaltninger, men det stilles i visse rettsaker krav om at regelverket skal håndheves av "uavhengige forvaltningsorganer". Dette gjelder først og fremst innenfor sektorer hvor det offentlige både er regulator og deltar som aktør i et konkurransemarked.

For å sikre homogen og effektiv håndheving gjøres det også i økende grad bruk av administrativt samarbeid mellom overvåkningsorganene og nasjonale fagmyndigheter. I økende grad opprettes nettverk mellom søsterorganisasjoner fra de ulike landene hvor det kan utarbeides *ikke-bindende regler* for hvordan

¹⁴ Denne påvirkningen har inn til de seneste de år vært lite påaktet av sentrale og lokale politikere i Norge. (Kilde: K.Almestad, tidligere president i ESA)

regelverk skal tolkes og benyttes. Europakommisjonen leder vanligvis disse nettverkene og anser dem for viktige arenaer for utvikling av styrket lojalitet i forhold til gjennomføring av fellesskapsretten. EFTA-landene deltar som regel på lik linje med EU-landene i slike nettverk. Deltakerne kommer i alt vesentlig fra nasjonale tilsyns- og håndhevingsorganer.

4 EØS-avtalen og nasjonalt handlingsrom

4.1 Avgrensning av handlingsrommet

Kravet om rettslig homogenitet på områder som faller inn under EØS-avtalen begrenser det nasjonale politiske og administrative handlingsrom både formelt og reelt. I praksis skjer det gjennom at fellesskapsretten regulerer områder som tidligere har vært nasjonale anliggender, ved at nye områder *rettsliggjøres* gjennom utviklingen av fellesskapsretten, samt gjennom *kravet om, og overvåkingen av*, at håndheving blir så likeartet som mulig.

Reguleringer som følger av EØS-avtalen forholder seg ”blindt” til hva som er de ulike forvaltningsnivåenes kompetanseområder i de ulike land. Dette kan innskrenke den kommunale sjøråderetten ved at områder som kommunene selv har hatt full råderett over, blir regulert gjennom avtalen. På områder hvor kommunenes virksomhet er regulert gjennom statlig lovgiving vil EØS-regelverk som fører til mer regulering eller innskrenkning i muligheten til å utøve skjønn også bety reduksjon av det kommunale handlingsrommet.

4.1.1 EØS-avtalens virkeområde

Det finnes et uavkortet nasjonalt handlingsrom på alle områder som *ikke* reguleres av EØS-avtalen. Der står nasjonale myndigheter fritt til å utfolde sin suverene myndighet, så lenge dette ikke skjer på en måte som undergraver avtalens hovedprinsipper.¹⁵ EØS-avtalen regulerer for eksempel ikke hvordan det enkelte land skal organisere de tjenester det velger å tilby sin befolkning, bortsett fra på visse områder hvor det er krav om åpning for konkurranse (jf. kap.2.3.1.2). Institusjonene i EØS-systemet kan heller ikke gripe inn på områder hvor det ikke finnes en positiv lovhjemmel med forankring i avtalen. *Hvilke* områder som skal reguleres på fellesskapsnivå er ikke endelig fastlagt verken i EØS-avtalen eller i EUs traktatgrunnlag. Dette fører til at avveieringer må foretas kontinuerlig i tilknytning til arbeidet innenfor de ulike politikkområdene. Avveieringene skal foretas i samsvar med det såkalte *nærhetsprinsippet* som er nedfelt i EF-traktatens artikkel 5, men ikke tatt inn i EØS-avtalen. Artikkelen lyder

Fellesskapet skal handle innen rammen av den myndighet og de mål det er gitt ved denne traktat. På områder som ikke hører under dets enekompetanse skal Fellesskapet treffe tiltak, i samsvar med nærhetsprinsippet, bare om og så langt målene for det foreslåtte tiltak ikke kan nås i tilstrekkelig grad av medlemsstatene og derfor, på grunn av omfanget eller virkningene av det foreslåtte tiltak, kan nås bedre av Fellesskapet.

Fellesskapet skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå denne traktats mål.

¹⁵ Se EFTA-domstolens uttalelse i sak E-1/01, premiss 17. For overblikk over hvilke områder som reguleres av EØS-avtalen, se pkt. 3.1.

Prinsippet er generelt formulert, og må forstås som et grunnleggende hensyn som må respekteres i lovgivningsprosessen. Prinsippet hovedpoeng er at det ikke skal foretas reguleringer på fellesskapsnivå uten at det er nødvendig. I praksis vil det ikke alltid være enkelt å avgjøre om det er tatt tilstrekkelig hensyn til dette. Anvendelsen av prinsippet kan overprøves av EF-domstolen. I Europakommisjonens vitbok om *European Governance*,¹⁶ som blant annet drøfter hvordan fellesskapsreguleringen kan gjøres enklere og bedre, blir det lagt vekt på grundig vurdering før nye fellesregler foreslås vedtatt. EUs grunnlovskast drøfter også hvordan nærhetsprinsippet best kan praktiseres.

EFTA-landenes mulighet til å påberope seg nærhetsprinsippet vil være begrenset til de muligheter til påvirkning av lovgivningsprosessen i EU som det er redegjort for i kapittel 3.1. Dersom det er politisk ønskelig å forsøke å hindre at ny fellesskapsregulering blir innført må påvirkningen skje før de nye rettsaktene vedtas. Når en ny rettsakt forelegges EØS-komiteen for innlemming i EØS-avtalen, vil spørsmålet utelukkende være om den er *relevant* i forhold til avtalen. Uenighet om dette kan føre til at EFTA-landene kan benytte sin reservasjonsrett, men de har ingen mulighet til å få et mulig brudd på nærhetsprinsippet rettslig prøvet.

4.1.2 Muligheter for avvik fra avtalens hovedprinsipper

Hovedprinsippet for den fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital er at det enkelte land ikke kan beholde sine egne reguleringer dersom de hindrer det økonomiske samkvem med andre land i EØS-området. Dette prinsipp er likevel vesentlig modifisert ved at det enkelte land kan opprettholde nasjonale restriksjoner i forhold til de fire friheter når målet er å ivareta viktige samfunnsinteresser. På de delene av EØS-avtalens virkeområder som bare reguleres av grunnbestemmelsene (primærretten) har nasjonale myndigheter et betydelig handlingsrom i kraft av denne muligheten til avvik. På de områder der det er innført *harmonisert regelverk* på grunnlag av sekundærlovgiving vil dette handlingsrommet være begrenset.

Harmonisering av regelverket forutsetter kvalifisert politisk enighet om å erstatte nasjonale regler med felles regler, og det forutsettes at nasjonale hensyn av betydning spilles inn i beslutningsprosessen som fører fram til de harmoniserte reglene. De harmoniserte reglene fastsetter normer for hvilke samfunnsinteresser som skal ivaretas innenfor deres virkeområder, men der hvor ulike samfunnsinteresser ikke er dekket av disse fellesnormene vil det fortsatt være rom for nasjonale regler.¹⁷

Direktiver gir de nasjonale myndigheter frihet til å velge form og metode for gjennomføringen i nasjonalt regelverk. De er imidlertid bundet av direktivets innhold og målsetninger. Dette gjelder i særlig grad bestemmelser som gir

¹⁶ *European Governance. A whitepaper* (COM (2001) 428)

¹⁷ For eksempel legger *Direktivet om fjernsyn uten grenser* som hovedregel til grunn at senderstatens lovgivning skal gjelde for sendingens innhold. Direktivet fastsetter likevel ikke noen felles standard for pornografi, slik at sendinger med slikt innhold vil være regulert av mottakerlandets lovgivning.

rettigheter til individer og virksomheter. Noen direktiver tar bare sikte på minimumsharmonisering. Dette gjelder spesielt områder som ikke er direkte relatert til de fire friheter, men der hensikten er å fastsette sosiale eller miljømessige minimumskrav. Her har nasjonale myndigheter full anledning til å ha strengere regler enn det direktivet krever, så sant disse reglene ellers er i samsvar med EØS-avtalen.

De grunnbestemmelsene i EØS-avtalen som gir mulighet til å gjøre unntak fra avtalens hovedprinsipper er svært generelt utformet og fremtrer derfor ofte som vanskelig å forstå og som rettslig uforutsigbare, men EF-domstolens praksis gjennom flere tiår har etter hvert gitt tolkninger som gir klarere prinsipper for det enkelte lands rett til å opprettholde nasjonale restriksjoner og reguleringer på tvers av de fire friheter på områder som ikke er harmonisert.¹⁸ I det følgende vil det redegjøres for denne utviklingen. De særlige forhold som gjelder på konkurranseområdet omtales så i kapittel 5.

4.1.2.1 Rom for restriksjoner på den fri bevegelse av varer

Nasjonale restriksjoner som hindrer fri bevegelse av varer skal være forbudt. Dette prinsippet er utformet som forbud mot

- kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning (EØS-avtalens artikkel 11)
- kvantitative eksportrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning (EØS-avtalens artikkel 12)

Det er særlig begrepet *tiltak med tilsvarende virkning* som gjør krav på interesse i forhold til muligheten til å gjøre unntak. Rettspraksis tolket til å begynne med dette begrepet svært vidt, slik at det omfattet enhver nasjonal regel som, direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, ville være i stand til å hindre handelen mellom landene.¹⁹ Denne tolkningen ble betydelig modifisert i den berømte Cassis de Dijon-avgjørelse²⁰ der EF-domstolen formulerte prinsippet om gjensidig godkjenning av nasjonal lovgivning, men samtidig ga importlandet rett til å opprettholde nasjonale restriksjoner som er nødvendige for å ivareta tvingende samfunnskrav ("mandatory requirements") slik som miljøvern, offentlig sunnhet, forbrukervern, etc. En videre utvikling av rettspraksis fikk en ved det såkalte Keck-prinsippet.²¹ Begge disse dommene styrker muligheten til å ta nasjonale hensyn.

¹⁸ EF-domstolen er ofte blitt kritisert for å bidra til rettsutvikling uten politisk kontroll og politikere innenfor EU oppfordrer i den sammenheng til mer tilbakeholdenhet. En mer forsiktig holdning fra EF-domstolens og EFTA-domstolens side ville kunne opprettholde eller øke det nasjonale handlingsrommet i den forstand at det ville gi større rom for nasjonale reguleringer. På den annen side ville dette være med på å opprettholde en uoversiktlig rettsituasjon for de økonomiske aktørene i det indre marked.

¹⁹ Sak C-8/74 Dassonville

²⁰ Sak C-120/78 Cassis de Dijon

²¹ Sak C-C-267 – 6/91 Keck et Mithouard der EF-domstolen kom til at salgsordninger som ikke skiller mellom importerte og hjemmeproduserte varer faller utenfor forbudet mot restriksjoner på varehandelen mellom landene.

I tillegg til disse viktige klargjøringene som følger av rettspraksis lister EØS-avtalens artikkel 13 en rekke forhold som kan begrunne nasjonale restriksjoner. Disse forholdene er:

hensynet til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi eller den industrielle eller kommersielle eiendomsrett.

Alle de hensynene som er listet opp i artikkelen er av ikke-økonomisk art. Oppregningen er ment å være uttømmende i den forstand at det ikke skal kunne vises til andre hensyn enn de som er nevnt dersom artikkelen påberopes som grunn for nasjonale restriksjoner. På områder hvor det ikke er harmonisert lovgivning som sier noe om hvilket beskyttelsesnivå som skal gjelde, kan de ulike EU/EØS-landene selv fastsette det nivå de ønsker ut fra disse hensynene. Artikkelen sier imidlertid at de aktuelle restriksjonene ikke må kunne brukes som et middel til vilkårlig forskjellsbehandling eller som skjulte handelshindringer.

4.1.2.2 Restriksjoner på tjenester, etablering og kapital

Grunnbestemmelsene for disse områder, som finnes i henholdsvis artiklene 31, 36 og 40 i EØS-avtalen, er utformet som forbud mot nasjonale restriksjoner som kan hindre retten til å yte tjenester, til å etablere seg som næringsdrivende og til fri bevegelse av kapital. Den økonomiske samhandlingen har utviklet seg mye langsommere på disse områdene enn på vareområdet. Omfanget av nasjonale reguleringer har vært stort og mangfoldig og forbudet mot nasjonale restriksjoner ble i lang tid bare oppfattet som et forbud mot ren forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Harmonisering av nasjonalt regelverk kom først i gang på nittitallet og omfattet i første omgang elektronisk kommunikasjon og finansielle tjenester. Når det gjelder kapitalbevegelser, var det først etter at Maastricht-traktaten trådte i kraft at forbudet mot restriksjoner ble en praktisk rettslig realitet. Senere rettspraksis viser en tilsvarende utvikling når det gjelder forbud mot restriksjoner i forhold til etableringer.

4.1.2.3 Rettspraksis og forslag til tjenstedirektiv

I 2004 ble det lagt fram forslag til et generelt tjenstedirektiv, som hadde som mål å bygge ned barrierer for fri bevegelse av tjenester, ikke bare innenfor enkeltsektorer, men rent generelt.²² Senere års rettspraksis på disse tre områdene, som også utkastet til tjenstedirektivet bygger på, etablerer i realiteten en felles tilnærming med hensyn til hvilke nasjonale restriksjoner som den enkelte stat fortsatt kan påberope seg. Felles for alle områder er at forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet er forbudt. Dette gjelder også indirekte forskjellsbehandling. EØS-avtalens artikkel 33 tillater særbehandling av fremmede statsborgere ut fra hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, men denne regel fortolkes meget innskrenkende og har liten praktisk betydning.

²² Det siktes til det etter hvert omstridte Tjenstedirektivet som ennå ikke er vedtatt.

Adgangen til å opprettholde nasjonale restriksjoner på generelt grunnlag har sin bakgrunn i en rettsavgjørelse fra syttitallet²³ som læren om tiltak til allmennhetens beste ("the general good") er utviklet av og som i senere rettspraksis også har fått gyldighet for etableringer og kapitalbevegelser. Læren er lagt til grunn for det som i utkastet til tjenstedirektiv defineres som *tvingende allmenne hensyn*²⁴. Den lange listen av hensyn kan ikke anses som uttømmende. I praksis vil nærmest et hvert politisk hensyn som grunner seg på objektive kriterier kunne påberopes. På den annen side kan økonomiske hensyn og hensynet til offentlige finanser ikke påberopes. Det samme gjelder restriksjoner ut fra rene administrative hensyn.

4.1.3 Avveining av ulike hensyn

Som det er påvist, har det enkelte land et vidt spillerom når det gjelder hvilke hensyn som kan påberopes som grunnlag for restriksjoner på de fire friheter. Domstolenes overprøving av dette begrense seg til å slå ned bare på helt åpenbare feil. Selv om oppregningen av relevante hensyn i EØS- avtalens artikkel 13 er ment å være uttømmende, har det vist seg at muligheten til å påberope seg andre "tvingende samfunnskrav" også er tilstede.

Når et land påberoper seg ett av de aktuelle hensynene som grunn for å kunne legge restriksjoner på de fire friheter må dette hensynet veies mot EF-traktatens/EØS-avtalens hovedprinsipper. Dette gir rom for utøvelse av skjønn. Den skjønnsutøvelse det her er tale om er ikke av politisk, men av rent rettslig karakter, og den vil alltid kunne overprøves av domstolene. Skjønnsutøvelsen må derfor være basert på objektive og forutsigbare kriterier slik at overprøvingen blir mulig.

4.1.3.1 Krav om nødvendighet og forholdsmessighet

Samme hvilken grunn et EU/EØS-land påberoper seg for å gjøre unntak fra hovedprinsippene om fri bevegelse må landet godtgjøre at den restriksjon unntaket vil medføre er *nødvendig og forholdsmessig*. Dette vil i praksis innebære at det må føres bevis for at den overordnede samfunnsinteressen som restriksjonen skal ivareta bare kan ivaretas på den måten som foreslås. Videre må landet kunne overbevise overvåkningsorganene og domstolene om at de aktuelle tiltakene er egnet til å nå de målene som er satt for å ivareta den interessen det er snakk om, at tiltaket ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå målsettingen, og at det ikke er mulig å erstatte de aktuelle restriksjonene med andre, mindre inngripende tiltak som kan gi samme resultat.

²³ Sak C-33/74 Van Binsbergen

²⁴Hensyn, der er anerkendt som sådan i EF-Domstolens praksis, herunder følgende: den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, den offentlige sundhed, bevarelsen af den finansielle balance i de sociale sikringsordninger, beskyttelsen af forbrugerne, tjenestemodtagerne og arbeidstagerne, retfærdige handelstransaktioner, bekæmpelse af bedrageri, beskyttelsen af miljøet, herunder bymiljøet, dyresundheden, intellektuelle ejendomsrettigheder, bevarelsen af den nationale historiske og kunstneriske arv samt social- og kulturpolitiske målsætninger". (sitat fra dansk versjon av direktivutkastet)

5 Om EUs konkurranseregelverk

5.1 Generelt om konkurransereglene

Det indre markedets rasjonale er at alle dets aktører skal kunne konkurrere på like vilkår innenfor hele EU/EØS-området – uavhengig av landegrenser. EUs konkurranseregelverk, som er nedfelt i EF-traktaten artikkel 81–90 og innarbeidet i EØS-avtalen artikkel 53-64, skal ivareta disse prinsippene. Reglene omhandler både hvilke konkurransebegrensende tiltak som ikke er tillatt og vilkår for unntak fra hovedprinsippet om fri konkurranse. Reglene gjelder både for offentlig og privat næringsvirksomhet. De omfatter

- forbud mot konkurransebegrensende samarbeid (art. 53)
- forbud mot utnyttelse av dominerende stilling (art 54)
- forbud mot fusjoner og oppkjøp som kan hindre konkurranse (art 57)
- anvendelse av konkurransereglene på offentlige virksomheter (art 59)
- regler for håndheving (art 55 og 56)
- regler om offentlig støtte (art 61 og 62)

Konkurranse er ett av de områdene der overvåkingsorganene, Europa-kommisjonen og ESA, har utvidet myndighet. Opprinnelig måtte nasjonale forvaltningsorganer notifisere alle saker innenfor konkurranseområdet til disse organene. Etter at EUs nye konkurranselov trådte i kraft 1.mai 2004 deler EU-kommisjonen kompetanse med EU-landenes nasjonale konkurransemyndigheter i saker som faller inn under EF-traktatens artikkel 81 og 82. Det vil si saker som angår konkurransebegrensende samarbeid og utnyttning av dominerende stilling. Saker som angår fusjoner og offentlig støtte, overvåkes og behandles fortsatt bare av Kommisjonen. For EFTA-landene behandles saker som faller inn under EØS-avtalens artikkel 53 og 54 (tilsvarende EF-traktatens artikkel 81 og 82) av nasjonale konkurransemyndigheter, mens ESA behandler saker som gjelder fusjoner og offentlig støtte.

5.1.1 Kommunenes forhold til EØS- avtalens konkurranseregler

Kommunene blir berørt av konkurransereglene for *foretak*²⁵ ved at kommunal virksomhet som konkurrerer i markedet blir å anse som foretak i EØS-avtalens forstand.

Et *økonomisk foretak* i EØS-avtalens forstand omfatter alle enheter som driver økonomisk virksomhet, enten de er offentlig eller privat eid. I den norske *Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger* ("Konkurranseloven") finnes en tilsvarende definisjon av foretak i lovens § 2: *med foretak menes i denne loven enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet*. Innenfor kommunal forvaltning blir betegnelsen foretak brukt i en snevrere betydning. Betegnelsen *Kommunale foretak* brukes om

²⁵ Disse reglene omfatter EØS-avtalens art. 53, 54, 57 og 59 (Jfr kap.5.1)

kommunale virksomheter som ikke er utskilt fra kommunene som egne rettssubjekter.

Konkurransereglene for foretak, omfatter forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, forbud mot utnyttelse av dominerende stilling og forbud mot fusjoner som hindrer konkurranse gjelder på områder hvor samhandelen kan påvirkes mellom landene, samt regler for hvordan prinsippene skal anvendes på offentlige virksomheter. Siden kommunal økonomisk virksomhet ofte vil operere på markeder som vil måtte bedømmes som lokale eller nasjonale vil det i første rekke være det nasjonale konkurranseregelverket som kommer til anvendelse i saker som gjelder denne typen aktivitet.²⁶ Norsk konkurranseregelverk er imidlertid i sterk grad harmonisert med EØS-reglene, slik at mange av de samme hensyn også må tas i forhold til dette.²⁷ All kommunal virksomhet berøres av regelverket for offentlige anskaffelser.

Kommunene berøres også, som potensielle støtteyttere, av reglene for offentlig støtte. Forbudet mot offentlig støtte gjelde riktignok bare i tilfeller hvor støtten kan påvirke samhandelen mellom landene, men det er viktig å være oppmerksom på at overvåkningsorganene opererer med en svært streng fortolkning av samhandlingskriteriet. Det skal med andre ord lite til før de anser at konkurransen over landegrensene er, eller vil kunne bli, påvirket av et nasjonalt/kommunalt tiltak.

5.2 Reglene om offentlig støtte

EØS-avtalen tar i artikkel 61. tar opp EF-traktatens generelle forbud mot offentlig støtte. Ordlyden er som følger:

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

5.2.1 Avgrensning av begrepet

Rettspraksis viser at begrepet ”offentlig støtte”, som også brukes synonymt med ”statsstøtte” blir tolket meget vidt. Det omfatter alle økonomiske tiltak som kan gi finansielle fordeler til enkelte bedrifter eller bestemte deler av næringslivet, gitt av staten eller andre offentlige organer som støtte. I tillegg til direkte økonomiske tilskudd kan det dreie seg om lån på spesielt gunstige vilkår, offentlige garantier og tilførsel av kapital på ikke-kommersielle vilkår, manglende krav om avkastning på aksjer eid av offentlige myndigheter eller på offentlige myndigheters eierandeler i private bedrifter, salg av eiendom, varer eller tjenester under markedspris, skatte- og avgiftsfordeler.

²⁶ Kilde: Knut Almestad, tidligere president i ESA

²⁷ jf. *Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.* (LOV-2004-03-05-12)

Mange former for offentlig støtte vil imidlertid falle utenfor det støttebegrepet som følger av bestemmelsen. Det er allerede pekt på at EØS-avtalens konkurranseregler bare gjelder økonomisk virksomhet. Virksomhet av ikke-økonomisk art kan derfor gis støtte uten at regelen brytes. Det samme gjelder støtte til privat virksomhet av ikke-økonomisk art. Dersom slike institusjoner også driver økonomisk virksomhet vil regelen komme til anvendelse, og det må da treffes tiltak for å hindre kryss-subsidiering.

Det fremgår videre av bestemmelsens ordlyd at den bare gjelder støtte til foretak eller til produksjon av varer og tjenester. Støtte som går til andre formål, for eksempel ytelser som faller innenfor befolkningens privatsfære,²⁸ vil også falle utenfor avtalens virkeområde.

Der ytelsen fra det offentlige oppveies av en tilsvarende motytelse fra et foretaks side vil det heller ikke foreligge noen fordel som kan utgjøre offentlig støtte. Ved forretningsmessige avtaler må offentlige myndigheter opptre med aktsomhet slik at det ikke oppstår ubalanse mellom ytelse og motytelse. For salg av offentlig eiendom har overvåkningsorganene utarbeidet retningslinjer som beskriver fremgangsmåter som kan følges for å sikre at salget foregår til det som kan anses som markedspris.²⁹ Kjøp av varer eller tjenester til overpris utgjør også ulovlig støtte. Korrekt bruk av regelverket for offentlige anskaffelser skal forhindre dette. Spørsmål om kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning reiser særlige problemstillinger i tilknytning til offentlig støtte. Hovedpoenget er at slik kompensasjon ikke er å anse som ulovlig støtte dersom den oppfyller visse juridiske og økonomiske krav. (jf. kap. 5.6)

Støtte som gis til visse foretak eller produksjon av visse varer blir som hovedregel regnet som offentlig støtte med mindre ordningen kan klassifiseres som et generelt tiltak som gagnar næringslivet som helhet.³⁰ Grensedragingen mellom spesifikke og generelle tiltak er komplisert. Rettspraksis tillater avvik fra *selektivitetskriteriet*³¹ når dette følger logisk ut fra støtteordningens formål. Lovligheten av et unntak blir derfor ofte avhengig av hvordan formålet er formulert. Spørsmålet dukker ofte opp i saker som gjelder skatte- og avgiftsfritak og sto sentralt i EFTA-domstolens avgjørelse i saken om industriens fritak fra den norske elektrisitetsavgiften.³² Problemstillingen er behandlet i en egen retningslinje fra ESA.³³

Særlige spørsmål oppstår i forbindelse med offentlig støtte til infrastrukturinvesteringer. Slike investeringer blir ikke ansett som offentlig støtte dersom de er nødvendige for å skaffe til veie en tjeneste som ligger innenfor myndighetenes ansvar og som markedet ikke vil kunne fremskaffe på samme

²⁸ Eksempler på dette kan være lettelser i inntektsskatt eller avgiftslettelser for befolkningen i visse områder.

²⁹ Se ESAs retningslinjer for offentlig støtte, kapittel 18B

³⁰ Dette prinsippet kalles *spesifitetskriteriet*.

³¹ *Selektivitetskriteriet* innebærer at støtte som gis til enkelte foretak som hovedregel klassifiseres som ulovlig dersom støtten ikke gagnar næringslivet som helhet. Kriteriet kalles også *spesifisitetskriteriet*.

³² Forente saker E-5/04, E-6/04 og E-07/04

³³ Se ESAs retningslinjer for statsstøtte, kapittel 17B

betingelser. Forutsetningen må imidlertid være at investeringen ikke gir fordeler til spesifikke foretak. I praksis er selektivitetskriteriet ikke blitt håndhevet særlig strengt så lenge infrastrukturen er under myndighetenes kontroll og er åpen for alle brukere uten forskjellsbehandling.³⁴

Det skal svært lite til før konkurranse og samhandel anses påvirket av selv små støttebeløp. Bestemmelsen rammer ikke bare den aktuelle, men også potensiell påvirkning av samhandelen. Tjenesteyting av lokal karakter kan i noen tilfelle falle utenfor bestemmelsens rekkevidde. I praksis vil gruppefritaket for bagatellmessig støtte³⁵ ha større betydning i forhold til det å kunne gi lovlig støtte til lokale aktører.

5.2.2 Prosedyrer for tildeling av offentlig støtte

Alle planer om nye støtteprosjekter- eller ordninger må forhåndsmeldes til overvåkningsorganene for godkjenning før de kan iverksettes. Dersom det oppstår tvil om lovligheten av et tiltak vil overvåkningsorganet sette i gang en undersøkelse og den foreslåtte støtteordningen kan ikke iverksettes før undersøkelsen er avsluttet. Dersom tiltak settes i gang før vedtak er fattet og senere viser seg å være ulovlig, må støtten betales tilbake.

Støtteordninger som er av eldre dato enn EØS-avtalen vil være lovlige inntil overvåkningsorganene har bestemt noe annet. Omdanning eller avskaffelse av slike ordninger vil oftest skje i forbindelse med endring av retningslinjer for offentlig støtte. Prosessen gir anledning til konsultasjoner, men dersom statene ikke vil rette seg etter forslaget fra overvåkningsorganet, må en formell undersøkelse innledes før en endelig avgjørelse kan treffes.

5.2.3 Kommunene som støttegivere

I prinsippet hindrer ikke EØS-avtalen at kommuner opptrer som støttegivere og melder inn støtteplaner etter gjeldende regler, men overvåkningsorganene vil som regel ikke godkjenne enkeltstående støtteprosjekter, med mindre det dreier seg om prosjekter som kan anses for å ha felles europeisk betydning. I praksis bidrar retningslinjene til å kanalisere den tillatte støtte inn i horisontale støtteordninger som de nasjonale myndigheter administrerer, innenfor de grenser og betingelser som retningslinjene stiller opp.

Kommunene kan imidlertid uten videre gjøre seg nytte av de gruppefritak som er gitt for støtte til henholdsvis opplæring,³⁶ små og mellomstore bedrifter³⁷ og sysselsetting,³⁸ samt for bagatellmessig støtte, innenfor rammer som er trukket opp i kommisjonsbeslutninger innlemmet i EØS-avtalen. Kommunene vil imidlertid når de bruker disse mulighetene, måtte være særlig oppmerksomme på reglene for kumulering av støtte.³⁹ Fare for brudd på kumuleringsregler kan

³⁴ Sak C-225/91 Matra

³⁵ Kommisjonsforordning (EF) Nr. 69/2002

³⁶ Kommisjonsforordning (EF) Nr. 68/2001, endret ved 363/2004

³⁷ Kommisjonsforordning (EF) Nr 70/2001, endret ved 364/2004

³⁸ Kommisjonsforordning (EF) Nr. 2204/2002

³⁹ ESAs retningslinjer for statsstøtte, kapittel 13

oppstå på grunn av andre, nasjonale støtteordninger som allerede er blitt benyttet.

5.2.4 Unntaksbestemmelsene

EØS-avtalens artikkel 61(2) angir visse unntak fra det generelle forbud mot offentlig støtte. Unntakene gjelder støtte av sosial karakter, støtte i forbindelse med naturkatastrofer og andre ekstraordinære hendelser. Rettspraksis viser imidlertid at et skal mye til for at tillatelse til støtte gis på grunnlag av disse bestemmelsene.⁴⁰

Støttepolitikkenes egentlige innhold skapes av artikkel 61(3). Den angir flere mulige grunner for unntak, og lyder:

Som forenlig med denne avtalens funksjon kan anses

- a) støtte som har til formål å sikre den økonomiske utvikling i områder der levestandarden er unormalt lav, eller der det er alvorlig underbeskjeftigelse*
- b) støtte som har til formål å sikre at et viktig prosjekt av felles europeisk betydning kan realiseres, eller bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien i en av EFTAs medlemsstater eller en EFTA-stat*
- c) støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser*
- d) andre former for støtte angitt av EØS-komiteen i samsvar med del VII⁴¹*

Unntaksreglene er generelt formulert og åpner for stor grad av skjønn. Kompetansen til å utøve dette skjønnet ligger hos overvåkingsorganene og skjønnsutøvelsen kan bare overprøves av de respektive domstolene. Overvåkingsorganene har utarbeidet omfattende sett med retningslinjer som redegjør for hvordan skjønnet vil bli utøvd i ulike typer saker. Retningslinjene dekker ulike formål, slik som regionalstøtte, sysselsetting, miljøvern, skipsbygging samt forskning og utvikling. Transportsektoren har egne regler. Retningslinjene er under stadig utvikling og i tilknytning til dette finnes det rom for nasjonal påvirkning. Når retningslinjene er vedtatt, er overvåkingsorganene forpliktet til å følge dem og deres vedtak kan bare prøves for domstolene.

5.2.4.1 Påvirkning av nye retningslinjer

Overvåkingsorganene konsulterer EU/EØS-landene i tilknytning arbeidet med utviklingen av retningslinjene og her ligger en betydelig mulighet til påvirkning av innholdet. Som eksempel kan det nevnes at under utarbeidelsen av nye retningslinjer for regionalstøtte for perioden 2007-2013 medvirket norske myndigheter aktivt helt fra starten av. Disse retningslinjene åpner for gjeninnføring av deler av den differensierte arbeidsgiveravgiften. Dette har vært et

⁴⁰ Fredrik Sejersted m flere, *EØS-rett* Universitetsforlaget, Oslo 1995

⁴¹ EØS-avtalens del VII omhandler EØS-organene og samarbeidet mellom EF og EFTA i kraft av disse.

politisk mål for Norge på bakgrunn av dommen som ble avsagt i EFTA-domstolen i 1999, og som fastslo at denne ordningen innebar ulovlig offentlig støtte. Muligheten til påvirkning av retningslinjene kunne imidlertid ha vært bedre utnyttet av norske aktører, generelt sett.⁴²

5.2.4.2 Mer målrettet bruk av offentlig støtte

Behovet for utvikling av retningslinjene genereres både ut fra behovet for å skape større juridisk forutsigbarhet for myndighetene i det enkelte land, for å få til en mindre omfangsrik og mer målrettet bruk av offentlig støtte, og for å avstemme støttepolitikken i forhold til utviklingen innenfor andre politikk-områder. I 2000 ble det for eksempel utarbeidet egne retningslinjer for bruk av statstøtte for å fremme miljømessige målsettinger. Dette skjedde på bakgrunn av utviklingen innenfor EUs miljøpolitikk hvor det blir lagt økt vekt på å integrere miljøkrav i gjennomføringen av konkurransepolitikken. Miljøretningslinjene gir, gjennom de kriteriene for godkjenning som de inneholder, informasjon om hvordan overvåkningsorganene vil utøve sitt skjønn når støtte til miljøformål meldes inn til dem. Retningslinjene løper ut i 2007 og arbeidet med å revidere dem er allerede i gang.

5.2.4.3 Aksjonsplan for offentlig støtte

Som et ledd i oppfølgingen av Lisboastrategien har Europakommisjonen lansert en egen aksjonsplan for offentlig støtte for tidsrommet 2005-2009. Målene for planen er

- å redusere forekomsten av konkurransevridende støtte
- å bruke offentlig støtte mer målrettet
- å forbedre prosedyrer, juridisk forutsigbarhet og muligheter for innsyn
- å styrke samarbeide mellom medlemslandene og overvåkningsorganene

Aksjonsplanen inneholder ingen forslag om endring i grunnbestemmelsene om offentlig støtte. I begrunnelsen for lanseringen av planen pekes det på at den gradvise fremveksten av regler og retningslinjer har skapt behov for å avklare hva som er hovedprinsippene i den støttepolitikken som har utviklet seg på grunnlag av grunnbestemmelsene. Fram til i dag har det foregått en utvikling av politikk og retningslinjer innenfor ulike sektorer og områder uten at dette er blitt sett i sammenheng. Kommisjonen ser et behov for å utvikle prinsipper med samme gyldighet for alle områder. Når det gjelder Tjenester av allmenn økonomisk betydning understrekes viktigheten av å kunne tilby tjenester av høy kvalitet, men det fremheves som like viktig at den kompensasjon som gis for ulønnsomhet i tilknytning til slik tjenesteyting ikke må være for høy, da dette vil føre til konkurransevridning.

EUs kommisjonær for konkurranse, Neelie Kroes, uttalte i tilknytning til lanseringen av planen i juni 2005 at offentlig støttereglene skal være et hjelpemiddel for effektiv bruk av skattebetalernes penger, men også et

⁴² Kilde: Knut Almestad, tidligere president i ESA

virkemiddel for å fremme ikke-økonomiske mål av betydning for utviklingen av den europeiske sosiale modell. Hun understreker at for å nå disse målene er det behov for en bedre regulering av bruken av støtten i tråd med de prinsippene planen bygger på. Både reglene og prosedyrene for bruken av dem bør bli så enkle, brukervennlige, forutsigbare og gjennomsiktede som mulig.⁴³

Hensikten med planen er ikke å gi utvidet adgang til bruk av offentlig støtte som virkemiddel, men å få mer ut av den støtten som gis. Den samlede mengden offentlig støtte skal ned, men det skal bli enklere å få innsikt i hvilke formål det kan ytes støtte til og det skal bli mer lettvtint å notifikere til overvåkningsorganene. Planen legger også opp til økt samarbeid mellom overvåkningsorganene og nasjonale myndigheter. Neelie Kroes foreslår i sin tale å etablere et State Aid Network hvor medlemslandene kan delta.

Aksjonsplanen, som er av overordnet karakter, følges opp av ulike tiltak. Den nå fullførte revisjonen av retningslinjene for regionstøtte inngår i dette. Det samme gjelder den økte adgangen til bruk av gruppefritak. Revisjonen av miljøretningslinjene er et annet eksempel. Kanalisering av støtte inn i prosjekter som kan skape innovasjon blir fremhevet som spesielt viktig. I juli 2006 vedtok Europakommisjonen nye retningslinjer for støtte som kan bringe mer risikovenlig kapital inn i små- og mellomstore bedrifter.

5.3 Konkurransereglene og offentlige foretak

EØS-avtalen stiller seg helt nøytralt i forhold til offentlig eller privat eierskap. Det betyr at avtalen ikke under noen omstendighet vil kunne pålegge en virksomhet som er offentlig eid privatisering i form av salg av virksomheten til private eiere. EØS-avtalens artikkel 59 presiserer imidlertid på den annen side at offentlige foretak fullt ut er underlagt avtalens regler. Dette betyr at i den grad offentlige virksomheter selv velger å bruke markedsmekanismer for å utføre sine oppgaver vil avtalens konkurranseregler komme til anvendelse. Dette gjelder både i tilfeller hvor det offentlige ”konkurransesetter” tjenester ved gå ut i markedet og invitere private aktører til å konkurrere om å levere tjenester på deres oppdrag, og ved at tjenesteproduksjonen skilles ut i egne offentlig eide selskap.

5.3.1 utfordringer

I forbindelse med omgjøring av offentlige virksomheter til selskaper som skal operere i markedet kan det bli gitt betingelser som kan komme til å vise seg å være ulovlig offentlig støtte. Områder å være spesielt oppmerksom på er åpningsbalanse, garantiordninger og midler til omstrukturering. For å sikre at prinsippet om lik behandling av offentlig eide og private virksomheter blir overholdt skal *markedsinvestorprinsippet* anvendes. Prinsippet legger til grunn at offentlig eide selskap ikke skal gis vilkår som er gunstigere enn det en privat investor ville ha gitt i forhold til et privat selskap under normale markedsmessige forhold.

⁴³ *The State Aid Action Plan – Delivering Less and Better Targeted Aid*. Neelie Kroes, UK presidency Seminar on State Aid, London 14th July 2005

I forbindelse med konkurranseutsetting av tjenester, hvor en offentlig myndighet både er oppdragsgiver og deltar i konkurransen om oppdraget kan det også oppstå problemer. Disse problemene er knyttet til ulikhet i rammebetingelser mellom offentlige organer og private eller offentlig eide selskaper. Det dreier seg først og fremst om ulike mekanismer for prising av tjenester og om ulik tilgang til informasjon for tilbyderne når et offentlig organ både er etterspørter av en tjeneste og selv deltar i konkurransen om å få utføre den. Et annet problemområde er knyttet til muligheten for kryssubsidiering i tilfeller hvor en og samme virksomhet utfører tjenester på oppdrag fra det offentlige og mottar kompensasjon for ulønnsomme deler av dette oppdraget, samtidig som det også konkurrerer i markedet på områder hvor slik kompensasjon ikke er berettiget. Denne problemstillingen oppstår også der offentlige organer bruker ledig kapasitet til å tilby tjenester i markedet.⁴⁴

Kombinasjonen av offentlige organers rolle som lovgiver, regulator og eier kan føre til svært uoversiktlige konkurranseforhold. Dette er bakgrunnen for *Innsynsdirektivet*,⁴⁵ som krever åpenhet om de økonomiske forbindelsene mellom medlemslandene og deres offentlige virksomheter. Kravet gjelder også for private foretak som er pålagt tjenester av allmenn økonomisk betydning.

5.3.2 Særretter og eneretter

EØS-avtalens bygger på en forutsetning om at tildeling av særretter og eneretter kan være lovlig, men kun i begrenset grad⁴⁶ Den allmenne adgangen til å ha eneretter og særretter på tjenestesektoren er i utgangspunktet sterkt begrenset på grunn av forbudet mot restriksjoner på tjenestehandel og etablering. Slike ordninger kan likevel tillates for å ivareta tvingende samfunnsmessige interesser dersom det kan godtgjøres at slike rettigheter er nødvendige og forholdsmessige etter de generelle regler som det er redegjort for i kapittel 4.1.2.

De eneretter og særretter som en oftest møter på i offentlig sektor vil være slike som ivaretar tjenester av allmenn økonomisk betydning i henhold til unntaksregelen i EØS-avtalens artikkel 59(2) (jf. kap.2.3.1.2). I den forbindelse er det interessant å se på hvordan hensynet til nødvendighet og forholdsmessighet⁴⁷ er blitt tolket og anvendt i praksis. Forhold i markedet på det aktuelle tjenesteområdet tillegges vekt. Dersom det dreier seg om en oppgave som den offentlige myndigheten kan få dekket i markedet svekkes grunnlaget for å tildele enerett.

En sentral avgjørelse, som endret det tradisjonelle utgangspunktet om at det å tildele en enerett i seg selv ikke er i strid med konkurransereglene, er *Corbeausaken*⁴⁸ hvor EF-domstolen vurderte om postmonopolet for alle slags post-

⁴⁴ Som eksempel kan nevnes brannvesen som tilbyr salg av alarmtjenester

⁴⁵ Directive 80/723/EEC

⁴⁶ EØS-avtalens art. 59.1 sier: *Når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EFs-medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtalen*

⁴⁷ Se beskrivelse av *forholdsmessighetsprinsippet* i kap. 4.1.3.1

⁴⁸ Sak C-320/91 Corbeau

tjenester var forenlig med artikkel 59. Corbeau hadde, i strid med belgiske regler, opprettet en lokal, rask posttjeneste og spørsmålet var om han hadde gjort noe ulovlig. EF-domstolen la vekt på forholdsmessighetsprinsippet i sin tolkning og konkluderte med at tildeling av særlige og eksklusive rettigheter bare kunne skje i den utstrekning det er nødvendig for å nå de mål som eneretten skal ivareta.

Grunnlaget for enerett svekkes også dersom virksomheten som innehar en slik rett ikke klarer å dekke det behovet den er forutsatt å skulle dekke. *Höfner-saken*⁴⁹ bragte viktige presiseringer i den forbindelse:

Etter tysk rett var adgangen til å drive arbeidsformidling forbeholdt det offentlig organet Bundesanstalt für Arbeit (BA). EF-retten uttalte at dersom BA ikke klarte å dekke etterspørselen etter visse formidlingstjenester ville det å opprettholde eneretten være i strid med EF-traktatens artikkel 86 (tilsvarende EØS-avtalens artikkel 59), samt med forbudet mot misbruk av dominerende stilling i markedet, som i dette tilfellet var skapt av myndighetene selv gjennom tildelingen av eneretten.

For varesektoren gir EØS-avtalens artikkel 16 adgang til å opprettholde handelsmonopoler såfremt de kan tilpasses slik at det ikke oppstår nasjonal forskjellsbehandling med hensyn til forsyning og omsetning. Import-, eksport- og engrosmonopoler lar seg imidlertid ikke forene med forbudet mot kvantitative restriksjoner, og de lar seg vanskelig forsvare av de grunnene for unntak fra konkurransereglene som vanligvis aksepteres. Produksjonsmonopoler kan ikke kombineres under samme eierskap som et detaljmonopol. Det var disse prinsippene som ble lagt til grunn for omorganiseringen av det norske Vinmonopolet.

5.3.3 Konesjoner og tillatelser

Det kan være mange ulike hensyn som ligger til grunn for bruk av konesjoner og tillatelser. Det kan være behov for å redusere antallet utøvere av en virksomhet for å sikre lønnsomhet for dem som opererer, og det kan være sosialpolitiske hensyn slik som regulering av tillatelsen til å skjenke alkohol, utnytte naturressurser etc. Tildeling av konesjoner er et eksempel på klassisk myndighetutøvelse, mens det å tildele kontrakter gjøres i kraft av eierrettigheter og formuesrettslig avtalekompetanse. Når det offentlige tildeler konesjonskontrakter legges begge forhold til grunn.

Offentlig konesjon er en restriksjon på EØS-avtalens friheter. Tildeling av en konesjon som et begrenset gode kan i tillegg bety å opprette en *privilegert posisjon* i markedet som kan utgjøre en *særlig eller eksklusiv rettighet* i konkurranserettslig forstand, slik som omtalt i EØS-avtalens artikkel 59(1). Dette medfører at konesjonsinnehaverens atferd vil bli vurdert ut fra forbudet mot misbruk av dominerende stilling i henhold til EØS-avtalens artikkel 54. Konesjonen kan også innebære ulovlig offentlig støtte dersom mottager ikke har en klart definert forpliktelse til å yte tjenester av allmenn

⁴⁹ Sak C-41/90 Höfner & Elser

økonomisk betydning som oppfanges av unntaksbestemmelsen i artikkel 59(2) (jf. kap.2.3.1.2)

5.3.3.1 Regler for tildeling av konsesjoner

Mange konsesjoner forutsetter at den som søker, eier eller rår over en ressurs som det behøves offentlig tillatelse til å utnytte. I slike saker er det ikke vanlig med utlysning før konsesjonen tildeles. Når tildeling av konsesjon skjer på grunnlag av initiativ fra myndighetenes side må forvaltningen skaffe oversikt over hvem som kan være aktuelle for å få en slik tildeling. I Norge er det i de senere år blitt mer vanlig å bruke anbudsrunder for å velge ut hvem som kan få konsesjon og for å fastsette betingelsene for den. I noen tilfeller brukes utlysning uten full anbudsrunde.

EØS-avtalens regler for offentlige anskaffelser,⁵⁰ som krever anbudsrunder i tilknytning til inngåelse av kontrakter der oppdragets verdi går ut over visse terskelverdier regulerer ikke tildeling av konsesjonskontrakter. EØS-avtalens grunnprinsipper regulerer allikevel tildelingsprosessen. Avtalen forutsetter imidlertid at de fremgangsmåtene som benyttes også i tilknytning til slik tildeling bygger på objektive og ikke-diskriminerende krav, at prosedyrene er upartiske og gjennomsiktige og at avgjørelsene er overprøvbare. Dersom konsesjon tildeles etter tilbud vil disse kravene være oppfylt, men det betyr ikke at det alltid vil være nødvendig å følge en slik prosedyre.

Europakommisjonen publiserte i 2000, etter en omfattende konsultasjon, en fortolkningsmelding som gir en bred oversikt over de grunnleggende kravene som må stilles til tildelingsprosessen.⁵¹ Tilsvarende prinsipper er nå bygget inn i forslaget til tjenstedirektiv som i fremtiden vil regulere tildeling av tillatelser i forbindelse med etablering i tjenestesektoren.⁵² Disse reglene vil forby forskjellsbehandling og bruk av tillatelsesordninger som ikke tilfredsstillt kravene til nødvendighet og forholdsmessighet. Forslaget stiller videre opp kriterier som skal hindre vilkårlig eller diskresjonær skjønnsutøvelse. Tildeling av tillatelser til aktiviteter som er begrenset på grunn av knapphet på ressurser eller teknisk kapasitet skal foregå ved hjelp av åpne og upartiske prosedyrer. Slike tillatelser skal bare gis for begrensede tidsrom og de skal ikke kunne fornyes automatisk. Reglene peker også på visse overordnede offentlige hensyn som det kan legges vekt på når reglene for utvelgelsen fastsettes.⁵³

5.4 Tjenester av allmenn økonomisk betydning

Allerede Roma-traktaten legger til grunn prinsippet om at samfunnsnødvendig tjenesteproduksjon ikke skal unndras fra konkurranse i større utstrekning enn nødvendig. Europakommisjonen har myndighet til å gripe inn med spesifikke reguleringer av disse forholdene,⁵⁴ men det første kommisjonsdirektivet på

⁵⁰ jf. pkt

⁵¹ Kommisjonens fortolkningsmeddelelse om konsesjoner i EU-lovgivningen, (2000/C 121/02)

⁵² Se forslaget artikler 9 til 13

⁵³ Amende proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market. COM/2006/0160 final-COD 2004/0001

⁵⁴ jf. EF-traktaens art 86(3)/EØS-avtalen art 59(3)

området kom imidlertid ikke før i 1980. Dette var *Innsynsdirektivet* som krever åpenhet om de økonomiske forbindelsene mellom medlemslandene og deres offentlige virksomheter. Nye reguleringer er kommet som en del av den økningen i fellesskapsretten som har fulgt i kjølvannet av arbeidet med å realisere det indre marked på grunnlag av *Enhetsakten*⁵⁵ som ble vedtatt i 1986. Dette gjelder direktivene om offentlige anskaffelser og sektorspesifikke direktiver som blant annet har ført til at offentlige monopoler for tjeneste-produksjon er blitt gradvis avvirket innenfor områder som telekommunikasjon, energi, luftfart, post og jernbane.⁵⁶ Utviklingen av sekundærretten har også kommet som et resultat av dommer som for eksempel har hatt utspring i klager fra markedsaktører som har betvilt at statlige monopoler har vært i samsvar med EUs konkurranseregler.

EU/EØS-landene har stor politisk frihet til å peke ut de oppgaver som det offentlige skal utføre i forhold til befolkningen. Dette er klart fastslått i retts-praksis.⁵⁷ Denne friheten omfatter også hvordan tjenesten skal organiseres. Myndighetene kan velge å utføre tjenesten ved hjelp av forvaltningsorganer, eller ved hjelp av offentlige eller private foretak som er pålagt å gjøre dette mot offentlig kompensasjon.

Virksomheter som er gitt pålegg om å utføre *tjenester av allmenn økonomisk betydning* må utøve sin virksomhet i henhold til betingelser som er utformet i EØS-avtalens artikkel 59(2):

Foretak som har blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, eller som har karakteren av et fiskalt monopol⁵⁸, skal være undergitt reglene i denne avtalen, fremfor alt konkurranse-reglene, i den utstrekning anvendelsen av disse reglene ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem. Utviklingen av samhandelen må ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser.

Adgangen til å anvende unntakbestemmelsen i regelen vil selvsagt ikke gjelde der EØS-lovgivning har pålagt liberalisering av markedet. Bestemmelsen har heller ikke anvendelse i situasjoner der det gis en enerett bare for å gjøre det mulig for et foretak å finansiere et investeringsprosjekt, for eksempel i tilknytning til utvikling av infrastruktur.

5.4.1 Anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 59(2)

Før det blir aktuelt å påberope seg unntaksbestemmelsen i artikkel 59(2) bør det først undersøkes i hvilken grad EØS-avtalen kommer til anvendelse. Avtalens

⁵⁵ Enhetsakten (Singel European Act) ble vedtatt for å realisere målet om utviklingen av det indre marked innen 1. januar 1993, slik det var skissert i hvitboken som kom i 1985. Enhetsakten åpnet for beslutninger på grunnlag av kvalifisert flertall på områder som gjaldt det indre marked.

⁵⁶ I Norge har vi ved flere tilfeller ligget i forkant av EØS-bestemmelsene med hensyn til liberalisering av ulike sektorer. Dette gjelder både innenfor energi, post og jernbanetransport.

⁵⁷ Se bl.a. sak T-106/95 FFSH

⁵⁸ *Fiskalt monopol* er ensbetydende med *statlig monopol med rett til å ta penger* (opprinnelig bøter, toll etc.)

regler om det indre marked og konkurransereglene gjelder bare på det økonomiske område. Tjenester som myndighetene utfører gratis eller til selvkost eller for å betjene ikke-økonomiske sektorer faller utenfor avtalen. Anvendelse av regelen kan også bli uaktuell dersom tjenestepålegget ikke innvirker merkbart på samhandelen innefor EØS- området. Siden offentlig tjenesteyting ofte skjer på områder der markedet vil kunne anses som nasjonalt eller lokal vil dette kunne forekomme. Påvirkningskriteriet praktiseres imidlertid svært når det gjelder offentlig støtte. I praksis finnes det derfor få eksempler på at overvåkningsorganene har kommet til den konklusjon at konkurransen landene i mellom ikke vil kunne påvirkes

5.4.2 Nødvendig kompensasjon

Finansiering av tjenesteyting av allmenn økonomisk betydning kan skje på ulike måter, for eksempel ved bruk av avgifter, kryss-subsidiering mellom lønnsomme og ulønnsomme deler av en aktivitet som drives med enerett,⁵⁹ drift av forretningsvirksomhet som sikrer finansiering gjennom nytten av oppdraget eller ved direkte finansiell kompensasjon fra det offentlige side.

Unntaksbestemmelsen i artikkel 59(2) tillater bare kompensasjon som er *nødvendig*. Det var lenge uklart om hvordan regelen skulle anvendes i praksis inntil det i 2003 kom en avklarende dom.⁶⁰ Avklaringen gjaldt både hvilken kompensasjon som skal regnes som meldepliktig offentlig støtte og hvordan omfanget av nødvendig kompensasjon skal beregnes. Den slår fast at kompensasjonen ikke er å anse som notifikasjonspliktig støtte når

- den aktuelle virksomheten har en klart definert tjenesteforpliktelse
- kriteriene for beregning av kompensasjon er objektive, åpne og fastlagt på forhånd
- kompensasjonen ikke overstiger de reelle utgiftene som er nødvendig for å kunne oppfylle forpliktelsene
- omfanget av kompensasjonen er fastlagt på grunnlag av analyse av kostnadene til et gjennomsnittsforetak eller gjennom utlysning på anbud

EU-kommisjonen har på bakgrunn av Altmarkdommen utarbeidet en *pakke* med utfyllende regelverk som fastslår og klargjør disse betingelsene.⁶¹ Kompensasjon kan ifølge de nye reglene deles inn i tre kategorier:

⁵⁹ Det siktes her til virksomheter som er bundet til å sette samme pris på en tjeneste selv når det å levere den til enkelte tjenestemottakere vil være ulønnsomt. Som eksempler kan nevnes posten og deler av NSBs drift.

⁶⁰ 24.juli 2003. Dom i saken Altmark Trans (C280/00) og 24.november 2003. Dom som omfatter sakene C-34/01 – 38/01 Enirisorse SpA.

⁶¹ *Community framework for State aid in the form of public service compensation (2005/C 297/04)*

Commission Decision on the application of Article 86(2) of the EC treaty to state aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest (C (2005) 2673)

-
- Kompensasjon som oppfyller Altmarkkriteriene er ikke støtte i den forstand som fremgår av EØS-avtalens artikkel 61(2) og faller derfor utenfor forbudet. Følgelig skal den ikke meldes.
 - Kompensasjon som ikke oppfyller Altmarkkriteriene, men som overvåkningsorganene allikevel unntar fra meldeplikten.
 - Kompensasjon som er meldepliktig og som vil bli vurdert i henhold til gjeldende retningslinjer.

Kategori to, unntak fra meldeplikten som ikke omfattes av Altmarkkriteriene, gjelder kompensasjon for offentlige tjenester av mindre omfang,⁶² til sykehus, sosiale boliger, luft- og sjøtransport til øyer og små havner og flyplasser. For kompensasjon i tilknytning til tjenesteyting i stor skala vil det fortsatt være plikt til å notisere, men kriteriene for godkjenning vil også her være de samme som i Altmarkdommen.

Pakken av nye bestemmelser i kjølvannet av Altmarkdommen inneholder også en endring i *Innsynsdirektivet*. Endringen krever at selskap som både utfører offentlige tjenester og opererer i andre markeder skal føre separate regnskap for de ulike aktivitetene slik at eventuell kryssubsidiering kan unngås.

Generelt slås det dessuten fast at ansvaret for å utføre den tjenesten det kompenseres for må være pålagt gjennom en eller annen form for offentlig kjent bestemmelse.

I tillegg til kompensasjon som gis etter disse regler vil det også kunne være mulig å få støtte til tjenesteytere som er godkjent i henhold til de ordinære reglene for offentlig støtte som er utledet av EØS-avtalens artikkel 61(3).

5.5 Regelverket om offentlige anskaffelser

5.5.1 Rettslig grunnlag

Offentlige anskaffelser reguleres i norsk rett av Lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter. De norske reglene bygger materielt sett på EØS-avtalens artikkel 65 og det regelverket som er inntatt i vedlegg XVI, og må tolkes på bakgrunn av praksis fra EU og EØS, særlig praksis i EF-domstolen og EFTA-domstolen. Europaparlamentets- og Rådets direktiv 2004/18/EF er en videreutvikling og samordning av tre tidligere direktiv som omhandler hvilke prosedyrer som skal benyttes når det inngås kontrakter om offentlige vareinnkjøp, offentlige tjenesteytelser og offentlige bygg- og anlegg. Det nye direktivet ble innlemmet i norsk rett 7 april 2006 ved hjelp av en ny forskrift for offentlige anskaffelser. Direktiv 2004/17/EF som omhandler anskaffelser innenfor *forsyningssektorene* (vann- og energiforsyning, transport og

⁶² Den aktuelle virksomheten må ikke ha en omsetning som overstiger 100 millioner Euro og den kompensasjonen det mottar må ikke overstige 30 millioner Euro

posttjenester) ble innlemmet i norsk rett samme dato gjennom *Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene*, den såkalte forsyningsforskriften.⁶³

5.5.2 Formål

Regelverket for offentlige anskaffelser skal ivareta flere formål: Den opprinnelige hensikten med reglene er å bidra til å sikre gjennomføringen av de grunnleggende reglene om fri flyt av varer og tjenester, samt de grunnleggende prinsipper om ikke-diskriminering og likebehandling, og dermed bidra til å oppfylle målsettingen om like konkurransevilkår innenfor hele EØS-området. Videre skal reglene bidra til økt verdiskapning i samfunnet gjennom mest mulig effektiv ressursbruk, blant annet ved at anskaffelser så langt som mulig gjennomføres ved hjelp av konkurranse. Det er dessuten nå foreslått at lovens formålsparagraf skal få et tillegg som sier at regelverket også skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten skal kunne ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

5.5.3 Generelle krav og nasjonalt handlingsrom

Anskaffelsesregelverket krever at oppdragsgivere ved tildeling av offentlige kontrakter skal følge visse prosedyrer som tar sikte på å sikre at hensynet til konkurranse, forutsigbarhet, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet og likebehandling blir ivaretatt gjennom anskaffelsesprosessen. Det viktigste virkemidlet er kravet om at anskaffelser skal *kunngjøres* i databasene DOFFIN og TED, som er henholdsvis den norske og den europeiske databasen for slike kunngjøringer.

Direktivene får kun anvendelse på anskaffelser over såkalt terskelverdi,⁶⁴ og bare begrenset anvendelse på anskaffelse av såkalte *uprioriterte tjenester* som omfattes av tjenester som i liten grad egner seg for handel over overlandegrensene, slik som for eksempel helse- og sosialtjenester.⁶⁵ Direktivene får heller ikke anvendelse på tildeling av såkalte tjenestekonsesjoner. Kravene til konkurranse, forutsigbarhet etc. gjelder imidlertid også i disse tilfellene. Av det nye direktivet for offentlige tjenestekontrakter (Directive 2004/18/EF) går det eksplisitt fram at reglene om tekniske spesifikasjoner, bruk av standarder mv, samt krav om kunngjøring av tildelte kontrakter får anvendelse på uprioriterte tjenester.

⁶³ I EU skulle direktivene være gjennomført innen 31. januar 2006. De nye norske forskriftene vil tre i kraft 1. januar 2007. Dette skyldes forsinkelser i prosessen med å innlemme direktivene i EØS-avtalen.

⁶⁴ Gjeldende terskelverdier er iht anskaffelsesforskriften kr 1,1 mill ved Sentrale statlige etaters vare- og tjenestekjøp, kr 1,7 mill for andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekjøp (med visse spesielle særregler), og kr 41,25 mill for alle oppdragsgiveres bygg- og anleggsprosjekter. Iht forsyningsforskriften er terskelverdi for Vare- og tjenestekjøp hhv kr 3,3 mill og kr 3,45 mill avhengig av oppdragsgiver, og kr 43,5 mill for alle oppdragsgiveres kjøp av avvikende terskelverdier for telesektoren er ikke omtalt siden denne sektor ikke lenger er omfattet av anskaffelsesreglene.

⁶⁵ Det finnes ingen generell definisjon av *Uprioriterte tjenester* verken i EU-direktivet, gjeldende forskrift eller den nye forskriften som trer i kraft ved kommende årsskifte, men både i gjeldende forskrift og den nye forskriften finnes det en opplisting av hvilke tjenester som faller i denne kategorien.

For anskaffelser under terskelverdi er det nasjonalt handlingsrom. I Norge var anskaffelser for statens vedkommende regulert allerede før EØS-avtalen av Regelverket for statlige anskaffelser (REFSA). Mange kommuner hadde egne regelverk, dels bygget på den såkalte Normalinstruksen, men mange kommuner hadde ikke noe regelverk overhodet. Dette var situasjonen også etter at EØS-avtalen hadde trådt i kraft. I 2001, etter en diskusjon om blant annet kommunenes autonomi, benyttet Norge dette nasjonale handlingsrom til å gi regler for anskaffelser under terskelverdi, samt uprioriterte tjenester. Disse reglene inngår som del III i gjeldende anskaffelsesforskrift, og som del II i den nye forskriften, og er i det vesentlige lik EØS-regelverket. Opprinnelig gjaldt disse nasjonale prosedyrene ved anskaffelser over kr 200.000 eks mva. Høsten 2005 ble den nedre terskelen hevet til kr 500.000.

Også mindre anskaffelser, uavhengig av verdi, skal skje i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, forutsigbarhet, gjennomsiktighet, etterprøvbarehet og likebehandling.

5.5.4 Prosedyrer

Det gjeldende anskaffelsesregelverket fastsetter tre hovedformer for konkurranse i forbindelse med offentlige anskaffelser:

- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse
- Konkurranse med forhandling

Sistnevnte prosedyre kan bare benyttes i særlige tilfeller når anskaffelsen ligger over EØS-terskelverdi, men når anskaffelsen ligger under terskelverdien er det ingen restriksjoner på anvendelsen.

I tillegg til å åpne for *rammeavtaler*, herunder *parallele rammeavtaler*, eventuelt med *minikonkurranser*, samt såkalte *dynamiske innkjøpsordninger*, introduserer Direktiv 2004/18 EF ytterligere en konkurranseform, såkalt *konkurranspreget dialog*.⁶⁶ Denne prosedyren fremstår som et alternativ i tilfeller hvor oppdragsgiver objektivt ikke er i stand til å presisere de tekniske vilkår i en kravspesifikasjon, eller når oppdragsgiver ikke er i stand til å definere de rettslige eller finansielle vilkår i forbindelse med et prosjekt. Formålet er å åpne for større fleksibilitet når det gjelder større, ekstremt kompliserte anskaffelser. Det er altså en prosedyre som etter forutsetningene sjelden vil bli benyttet. Prosedyren fremstår som en slags ”hybrid” mellom anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, og vil kunne benyttes i tilfeller hvor det under gjeldende regelverk kan ha vært tvilsomt om man kunne benytte unntakshjemlene for konkurranse med forhandling. Prosedyren er på mange vis mer strikt enn forhandlet prosedyre.

⁶⁶ Artikkel 29, Direktiv 2004/18/EC
Statskonsult 2006

5.5.4.1 Krav om like vilkår for alle tilbydere

Når offentlige virksomheter selv deltar i konkurranse om oppdrag fra en offentlig oppdragsgiver plikter den offentlige oppdragsgiveren å sørge for at alle tilbydere får de samme vilkår. Det er særlig to forhold som det er knyttet spesielle utfordringer til: Den offentlige tilbyder kan ha tilgang til informasjon som andre tilbydere ikke har. Den offentlige tilbyder kan også få et ulovlig konkurransefortrinn gjennom krysssubsidiering som kan utgjøre en form for ulovlig offentlig støtte. Problemene i tilknytning til konkurranseutsetting av oppgaver hvor den offentlige myndigheten som utlyser anbud selv deltar i anbudskonkurransen forsøkes løst blant annet ved at bestiller og utfører organiseres i atskilte enheter. Dette løser ikke uten videre problemene med hensyn til informasjon eller prising av tjenestene.⁶⁷

5.5.4.2 Særlige vilkår for gjennomføring av kontrakter

Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt under forutsetning av at vilkårene er forenlig med EØS-avtalen. Vilkårene kan omfatte sosiale hensyn og hensynet til miljø.

Concordia-saken⁶⁸ anses som gjennombruddet for aksept av bruk av miljøkriterier ved vurdering av tilbud: Helsinki kommune ga beskjed om at tildeling av oppdrag skulle skje på bakgrunn av tre kriterier: Pris for transporttjenesten, tjenesteyterens drift innenfor kvalitet og miljø, samt kvaliteten på bussmateriellet. Det ble gitt ekstrapoeng for busser med lave utslipp og lavt støynivå. Helsinki kommune ga oppdraget til et kommunalt selskap som møtte de angitte kriteriene på en tilfredsstillende måte. Konkurrenten Concordia klaget vedtaket inn for domstolen. Concordia hevdet at miljøkravene ikke var av økonomisk karakter og derfor ikke relevant for anskaffelsen av tjenesten. EF-domstolen ga ikke klageren medhold og begrunnet det med at ikke alle kriterier som benyttes for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud nødvendigvis må være av rent økonomisk karakter. Det kan ikke utelukkes at forhold som ikke er rent økonomiske kan ha betydning for verdien av et tilbud sett fra oppdragsgivers side. Domstolen viste her blant annet til at estetisk verdi er nevnt blant de kriterier som kan tas i betraktning ved vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Domstolen krevde imidlertid at kriteriene måtte være gitt på forhånd i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, at de måtte ha tilknytning til kontraktens gjenstand, som her var urban busstransport, og at de ikke måtte gi oppdragsgiver et ubetinget fritt valg, hvilket ikke var tilfelle med målbare kriterier som utslipp og støynivå.

5.5.5 Virkeområde, uklarheter og gråsoner

Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder for alle statlige, kommunale og fylkeskommunale organer. Dette innebærer at loven gjelder all virksomhet organisert etter kommuneloven. Loven gjelder i tillegg for visse virksomheter

⁶⁷ Disse problemene er har bl.a. gjort seg gjeldende innenfor renovasjonssektoren. I Norge har Konkurransetilsynet undersøkt flere saker hvor det har vært mistanke om krysssubsidiering. Problemene innenfor sektoren er også diskutert i media, samt tatt opp i Stortinget.

⁶⁸ Sak C-513/99 *Concordia*

organisert som egne rettssubjekter, såkalte *offentligrettslige organer*.⁶⁹ Slike organer kan være offentlig eide selskaper eller stiftelser. Forutsetningene for at et eget rettssubjekt må følge regelverket er at det *tjener allmennheten* og at det *ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter*. Et annet vilkår er at rettssubjektet er kontrollert av *offentlige organer*. Dette innebærer at et kommunalt eid aksjeselskap eller interkommunalt selskap som oftest vil være forpliktet til å følge anskaffelsesregelverket når det selv foretar anskaffelser. Rettssubjekter som driver virksomhet i et marked, der formålet først og fremst er å sikre økonomisk avkastning uten at det også skal oppfylle sektorpolitiske mål vil typisk ikke være omfattet av regelverket.⁷⁰ Det som skaper problemer er at i en del tilfeller vil det kunne herske tvil om hvorvidt en virksomhet faller i den ene eller andre kategorien.

Andre spørsmål i som det har hersket en viss usikkerhet i forhold til er:

- Adgangen for en *ordregivende myndighet*⁷¹ til å tildele oppdrag i såkalt *egenregi* til selvstendige rettssubjekter
- Tildeling av *særskilte rettigheter*, herunder enerett
- Prosedyrer for å inngå tjenestekonsesjonskontrakter
- Anskaffelser innenfor interkommunalt samarbeid

5.5.5.1 Tildeling i egenregi til selvstendige rettssubjekter

Regelverket for offentlige anskaffelser omfatter i utgangspunktet alle gjensidig bebyrdende avtaler som en oppdragsgiver inngår med et annet rettssubjekt om anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Rettspraksis viser imidlertid at under visse betingelser vil tildeling av slike oppdrag til et annet rettssubjekt kunne anses som egenregi og følgelig falle utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde. Dette kan, ut fra oppdragsgivers synspunkt anses som hensiktsmessig, spesielt i situasjoner hvor statlige, kommunale eller interkommunale selskap er opprettet nettopp for å løse en bestemt samfunnsmessig oppgave som oppdragsgiver har ansvar for å kunne tilby borgerne. EF-domstolen slår i sak C-107/98 *Teckal*⁷² fast at en offentlig myndighet *kan* tildele et annet rettssubjekt kontrakt uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse dersom

⁶⁹ *Offentligrettslig organ* defineres i Direktiv 2004/18/EF (dansk versjon) som ”ethvert organ der er opprettet spesielt med henblikk på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov av industriell eller kommersiell karakter, som er en juridisk person og hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regional eller lokale myndigheder eller andre offentligrettslige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligrettslige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet”.

⁷⁰ Dette gjelder uavhengig av om selskapet er offentlig eller privat eid.

⁷¹ ”Som Ordregivende myndighed betragtes” iflg Direktiv 2004/18/EF (dansk versjon) ”staten, regionale og lokale myndigheder, offentligrettslige organer og sammenslutninger af en eller flere av disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligrettslige organer”.

⁷² Sak C-107/98,, *Teckal*.

-
- oppdragsgiveren har like sterk kontroll med leverandøren som med en av sine egne enheter, og
 - leverandørens virksomhet i hovedsak er rettet mot oppdragsgiver

Kontrollkriteriet er blitt nærmere drøftet i senere domsavgjørelser. Disse drøftingene poengterer at alle relevante lovbestemmelser og faktiske omstendigheter må tas i betraktning når forholdet skal vurderes.⁷³ Det har vært vektlagt at leverandørselskapet ikke må ha privat deleierskap eller ha åpnet muligheten for dette.⁷⁴ Ifølge en fersk avgjørelse i EF-domstolen 11. mai 2006 er 100 % kommunalt eierskap til leverandørselskapet ikke tilstrekkelig dersom selskapets styre har vide fullmakter.⁷⁵ (Jfr. Kap 5.5.6 06 og 5.5.6.1)

Klargjøring av adgangen til å foreta tildeling i egenregi har vært oppe til diskusjon både i tilknytning til utarbeidelsen av Directive 2004/18/EF og i Europakommisjonens arbeid med å utrede bedre regulering av Offentlig/privat samarbeid. Politisk uenighet har foreløpig hindret en avklaring. Kommisjonen står klart på en restriktiv linje mens mange interessenter innenfor offentlig sektor og enkelte av EUs medlemsland signaliserer at de ønsker større fleksibilitet.

5.5.5.2 Unntak fra regelverket i tilknytning til enerett

Anskaffelsesregelverket gir også hjemmel for tildeling av oppgaver til egne rettssubjekter i kraft av *enerett*. Visse betingelser må imidlertid være oppfylt for at unntaket skal gjelde:

- Den som tildeles oppgaven, tjenesteyteren, må selv være en offentlig oppdragsgiver i den forstand at selskapet skal *tjene allmennhetens behov* og ikke være av *industriell eller forretningsmessig karakter*
- Eneretten må være hjemlet i lov, forskrift eller administrativt vedtak⁷⁶
- Eneretten må være forenlig med EØS-avtalen

Tildeling av enerett er i prinsippet en restriksjon i forhold til de fire friheter. For å kunne avgjøre om eneretten er i samsvar med EØS-avtalen i det enkelte tilfelle må det tas utgangspunkt i rettspraksis som slår fast at målet med den tjenesten som skal utføres må knyttes til et allment hensyn. Det må videre kunne godtgjøres at eneretten er egnet til å nå målet og at målet ikke kunne ha vært nådd med mindre inngripen i forhold til de fire friheter. Forhold i markedet blir viktig for vurderingen av nødvendighet og proporsjonalitet. Dersom det er snakk om oppgaver som oppdragsgiver kunne ha fått dekket i markedet svekkes grunnlaget for å kunne tildele en enerett. Grunnlaget svekkes også dersom selskapet som har enerett ikke klarer å dekke det behovet det er forutsatt å dekke. (jf. kap.5.3.2)

⁷³ Sak C-458/03,, *Parking Brixen*.

⁷⁴ Sak C-26/03, *Stadt Halle* og C-20/04, *Mølding*.

⁷⁵ Sak C-340/04.

5.5.5.3 Tjenestekonsesjonskontrakter

En tjenestekonsesjonskontrakt er en kontrakt av samme type som en tjenestekontrakt, men hvor vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten økonomisk, eller en slik rett sammen med betaling. Utnyttelseskriteriet innebærer at man står overfor en konsesjon når operatøren påtar seg risikoen ved tjenesteytelsen, dens etablering og utnyttelse, og en betydelig del av vederlaget betales av brukerne, særlig ved oppkreving av en eller annen form for gebyr.⁷⁷ Et eksempel på en tjenestekonsesjonskontrakt kan være drift av et parkeringsanlegg eid av kommunen. Her vil det typisk bli avtalt at operatøren for egen regning etablerer parkeringsautomater og derved forestår innkreving av betaling, forestår kontroll av at betaling har skjedd (eventuelt gjennom en form for adgangskontroll), skriver ut gebyr for manglende parkeringsavgift, betaler til kommunen en andel av inntektene fra parkeringsavgift og gebyrer og beholder det overskytende til dekning av investeringer og driftskostnader.

Ulike hensyn kan ligge til grunn for bruk av tjenestekonsesjonskontrakter. En grunn kan være ønsket om å slippe å administrere tjenesten selv og overlate dette til virksomhet som kan forventes å gjøre det mer effektivt, og dermed frigjøre ressurser og slippe den økonomiske risiko som kan være forbundet med tjenesten.

Tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter kan, på samme måte som andre konsesjonstildelinger, innebære restriksjoner i forhold til på EØS-avtalens fire friheter. De kan gi tilgang på et begrenset gode og gi eksklusiv rettighet i markedet (Jfr kap.5.3.3) Avhengig av hvilken type tjeneste det dreier seg om vil en tjenestekonsesjonskontrakt kunne komme i strid med reglene om offentlig støtte.

I motsetning til bygge- og anleggskonsesjoner som er særskilt regulert i anskaffelsesforskriften, faller tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde. I den nye anskaffelsesforskriften er tjenestekonsesjonskontrakter uttrykkelig unntatt. Dette betyr ikke at tildeling av slike kontrakter kan skje direkte til den operatør oppdragsgiver måtte foretrekke. Av EF-domstolens faste praksis følger at oppdragsgiver også ved tildeling av slike kontrakter plikter å overholde kravet til likebehandling, herunder kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, samt kravet om konkurranse. Dette innebærer at oppdragsgiver fritt kan velge en passende prosedyre for tildelingen under hensyn til de særlige forhold som gjelder for den aktuelle sektor. Imidlertid må prosedyren utvikles i samsvar med regler og krav som skal fastsettes fra starten. Av dette følger blant annet en plikt til offentliggjøring, om enn ikke nødvendigvis kunngjøring i DOFFIN eller TED. Hvordan dette skal skje overlates til oppdragsgiver å bestemme, men det skal gis tilstrekkelig informasjon om tjenesteytelsens karakter, kontraktens antatte omfang, og utvelgelses- og tildelingskriterier, til at potensielle leverandører kan avgjøre om de er interessert i å delta. Oppdragsgiver vil normalt anses å ha oppfylt disse kravene dersom tjenestekonsesjonskontrakten tildeles ved en av anskaffelsesregelverkets prosedyrer. (jf. kap.5.5.1)

⁷⁷ Kommissionens fortolkningsmeddelelse om Koncessioner i EU-lovgivningen (2000/C121/02).

Dersom man velger å ikke bruke en prosedyre i overensstemmelse med anskaffelsesregelverket ved tildeling må dette imidlertid kunne begrunnes med henvisning til at den fremgangsmåten som er valgt er nødvendig for å realisere målene med den aktuelle konsesjonsordning. Begrunnelsen må også vise at kravet til proporsjonalitet er tilfredsstillt.⁷⁸

Mangelen på harmonisering av regelverket for tildeling av konsesjoner innenfor EU/EØS-området er flere ganger blitt tatt opp av EUs økonomiske og sosiale komité, og da spesielt i forhold til Offentlig/Privat samarbeid hvor det er snakk om regulering av tilgangen til markedet i tilknytning til utføring av oppgaver på vegne av det offentlige. Europakommisjonen drøfter også problemstillingen i sin grønbok om Offentlig/privat samarbeid⁷⁹ og konkluderer etter høringen om grønboken med at det er behov for å ta et initiativ for å skape større juridisk klarhet vedrørende tildeling av konsesjoner.⁸⁰ Grunnet politisk uenighet blant EUs medlemsland kom ikke en slik avklaring i tilknytning til utviklingen av det nye regelverket. Det var fryktet at en avklaring ville innebære en innskrenkning i de mulighetene som fortsatt finnes til valg av ulike framgangsmåter.

5.5.5.4 Om anskaffelser innenfor interkommunalt samarbeid

Enheter for interkommunalt samarbeid vil normalt anses som oppdragsgiver i anskaffelsesforskriftens forstand og er dermed forpliktet til å følge anskaffelsesregelverket ved anskaffelser som innebærer tildeling av offentlige kontrakter utenfor egen organisasjon. Det råder imidlertid en viss uklarhet om i hvilke tilfeller deltakende kommuner kan gi oppdrag til hverandre, samt til interkommunale sammenslutninger og samarbeidsenheter uten å følge prosedyrene for offentlige anskaffelser. Rettspraksis viser at det i en del typer tilfeller vil være slik at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse. Dette gjelder:

- Alle tildelinger som skjer på grunnlag av forvaltningsrettslig fordeling av myndighet, oppgaver og ansvar mellom de samarbeidende kommunene og organer de har opprettet for sitt samarbeid
- Tildelinger til samarbeidsenheter som kontrolleres av de deltakende kommunene og som har det vesentlige av sin virksomhet rettet mot de samarbeidende kommunene (jf. Teckaldommen)
- Tildeling til en enhet som selv er en offentlig oppdragsgiver og har enerett til å utføre tjenesten for, eller på vegne av kommunene.

Interkommunale leverandørselskap som opptrer i markedet i konkurranse om andre oppdrag enn det som utføres for kommunene vil ut fra omsetningskravet⁸¹ kunne bli utelukket fra å bli tildelt oppdrag i *egen regi*, det vil si uten anbudskonkurranse. Hvis leverandørselskapet også konkurrerer med private aktører om oppdrag til de samarbeidende kommunene, det vil si at det ikke har

⁷⁸ Hans Petter Graver: *Konsesjoner og konkurranse*. Lov og rett nr 4/5 2004.

⁷⁹ *Green Paper on Public-Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concessions (COM (2004) 327 Final)*

⁸⁰ *SEC (2005)629*

⁸¹ jf. Teckaldommen

enerett på leveranse til dem, må tildelingen av oppdrag skje i overensstemmelse med de krav anskaffelsesregelverket stiller.⁸²

Selv om rettspraksis til en viss grad kan sies å ha avklart spørsmålene om i hvilke typer av tifeller deltakende kommuner kan gi oppdrag til hverandre eller til interkommunale sammenslutninger og samarbeidsenheter uten å følge prosedyrene for offentlige anskaffelser, oppleves dette området fortsatt som et *gråsonerområde* hvor det hersker usikkerhet om hvordan det enkelte tilfelle skal behandles.⁸³ Fraværet av detaljerte bestemmelser representerer imidlertid også til en viss grad et handlingsrom for kommunale beslutningstakere.

5.5.6 Skjellsettende dommer

Nedenfor gjengis summarisk noen av de senere dommer som har hatt betydning for rettsutviklingen på området offentlige anskaffelser, egenregi og tjenestekonsesjonskontrakter.

Sak C-26/03, **Stadt Halle**. Saken dreide seg om et offentlig-privat samarbeid med formål å drive et gjenbruks- og avfallsbehandlingsanlegg. Selskapet var eid med 75,1 % av kommunen og 24,9 % av en privat aktør. EF-domstolen slo fast at private eierinteresser nødvendigvis innebærer at selskapet følger andre formål enn de offentlige og at dette igjen utelukker at kommunen kan ha den samme kontroll over selskapet som over egne etater. Dette avskjærer muligheten for tildeling av oppdrag i egenregi.

Sak C-29/04 **Mödling**. Bykommunen Mödling i Østerrike ga et oppdrag om avfallshåndtering i kommunen direkte til det kommunale renovasjonsselskapet "Mödling Abfallwirtschaftsgesellschaft m.b.H." (kort AbfallGmbH), som bykommunen hadde stiftet i 1999, og som var heleid av kommunen. AbfallGmbH fikk enerett til å hente og behandle avfallet mot et fast vederlag fra kommunen. Noen uker etter tildelingen solgte kommunen 49 % av aksjene i selskapet til et privat aksjeselskap. Spørsmålet var om kommunen skulle ha fulgt regelverket for offentlige innkjøp ved tildelingen av oppdraget. Domstolen fant at privat deleierskap utelukker kontroll tilsvarende den kommunen har over sine egne etater og dermed utelukkes også muligheten for tildeling gjennom egenregi. Konklusjonen var at regelverket for offentlige innkjøp burde ha vært fulgt.

Sak C-231/03 Coname. Saken gjaldt den italienske kommunen Cingia de' Botti, som hadde tildelt en offentlig tjenestekonsesjonskontrakt på drift, vedlikehold og kontroll av den offentlige gassforsyning direkte til selskapet Padani. Et annet italiensk selskap, Coname, mente at kontrakten skulle vært tildelt etter konkurranse. Padani var i all hovedsak eid av provinsen Cremona og kommuner innenfor provinsen, men var også åpent for privat kapital, noe som forhindret at selskapet etter rettens mening kunne anses som et "*organ til intern drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner, der ejer selskabet*".

⁸² Kilde: Hans Petter Graver: *Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid*. Artikkel utarbeidet på oppdrag fra Kommunal- og regionaldepartementet.

⁸³ Uttalelse fra Kommunenes sentralforbund

EF-domstolen mente at det ikke forelå plikt til å følge anskaffelsesreglene da det i dette tilfellet dreide seg om en tjenestekonsesjonskontrakt, men ettersom en direkte tildeling kan føre til diskriminering av virksomheter i andre medlemsland mente imidlertid domstolen at tildelingen burde ha foregått på en åpen og gjennomsiktig måte slik at andre virksomheter kunne ha fått reelle muligheter til å melde sin interesse.

Sak C-340/04 *Carbotermo*. I nok en sak om egenregi har EF-domstolen nylig slått fast at 100 % kommunalt eierskap ikke i seg selv er tilstrekkelig for å tilfredsstillere kontrollkriteriet dersom selskapet har stor grad av autonomi.

5.5.6.1 Utvikling av rettspraksis

De ulike dommene synes å vise at rettspraksis går i retning av å akseptere at en virksomhet som blir kontrollert av flere kommuner i fellesskap kan ”*betragtes som et organ til ”intern” drift af en offentlig tjenesteydelse for de kommuner, der ejer selskabet*” og følgelig kan tildeles kontrakt i egenregi uavhengig av den enkelte kommunes eierandel⁸⁴.

På samme måte som for selskaper som eies bare av en kommune vil imidlertid tildeling i egenregi ikke kunne aksepteres dersom selskapet har innslag av privat eierskap, da dette svekker eierkommunenes kontroll med selskapet. Det er i senere dommer⁸⁵ også blitt lagt avgjørende vekt på at kommunalt eide selskapers autonomi i form av styrer med store fullmakter, utelukker den graden av kontroll som må være tilstede for at tildeling i egenregi skal kunne aksepteres. Det er med andre ikke bare selve eierskapet, men også styringsformen som avgjør om det kontrollkriteriet som settes fram i Tecaldommen er oppfylt eller ikke. I den forbindelse er det verd å merke seg at et selskap, som er et eget rettssubjekt nødvendigvis må styres på en annen måte enn et kommunalt foretak som ikke er et eget rettssubjekt.⁸⁶

I tråd med Tecaldommen (Jfr kap. 5.5.51), legges det også avgjørende vekt på at dersom tildeling i egenregi skal kunne aksepteres må det aktuelle selskapet i tillegg til å oppfylle de strenge kontrollkravene også oppfylle kravet om at *hovedtyngden* av dets aktivitet må rette seg mot den eller de oppdragsgiverne det eies av. Dette innebærer at selskapet ikke må ha virksomhet av betydning innenfor det kommersielle markedet. Det er ingen dommer som har tallfestet hva som generelt sett kan anses som *hovedtyngden* av et selskaps aktiviteter, men det er grunn til å anta at det i alle tilfeller vil være snakk om en relativt høy prosentandel.⁸⁷

⁸⁴ KOFA sak 2005/251

⁸⁵ C- 458/03 Parking Brixen, C-340/04 Carbotermo

⁸⁶ Det siktes her til at eierkommunen ikke kan gripe inn i enkeltsaker i et selskap som er en egen juridisk person, men må utøve sin *eierstyring* gjennom generalforsamlingen.

⁸⁷ Den norske forsyningsforskriften krever at minst 80% av leverandørens virksomhet skal rette seg mot oppdragsgiver for at tildeling i egenregi skal kunne benyttes

5.6 Oppsummering

Kommunalt handlingsrom i forhold til EØS-avtalens konkurranseregelverk ligger først og fremst i at kommunene selv kan velge hvordan de organiserer sin tjenesteproduksjon. Dersom kommunene produserer sine tjenester selv, i egenregi, vil ikke konkurranseregelverket komme til anvendelse. Dette gjelder ikke for sektorer hvor EØS-reglene eksplisitt krever at det skal åpnes for konkurranse, men mesteparten av den kommunale tjenesteproduksjonen foregår på sektorer hvor det ikke er slike pålegg.

EØS-avtalen er også nøytral i forhold til offentlig eller privat eierskap. Det betyr at dersom en kommune skiller ut tjenesteproduksjon i eget selskap vil den fortsatt kunne stå som eier av selskapet.

En annen type handlingsrom finnes i kraft av at EØS-avtalen gir visse muligheter til å balansere hensynet til avtalens grunnprinsipper om fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital mot hensyn av ikke-økonomisk karakter. Det må imidlertid alltid godgjøres at den overordnede samfunnsinteressen som restriksjon på de fire friheter skal ivareta bare kan ivaretas på den foreslåtte måten, at det aktuelle tiltaket er egnet til å ivareta denne interessen og at det samme resultat ikke kan oppnås ved et tiltak som i mindre grad griper inn mot de fire friheter.

Det ligger også handlingsrom i at EØS-avtalens konkurranseregler bare gjelder der konkurransebegrensning, direkte eller indirekte, kan påvirke handelen mellom EØS-landene på en merkbar måte. Det vil si at reglene i prinsippet ikke gjelder for aktiviteter som begrenser seg til nasjonale/lokale markeder. Disse reguleres imidlertid av nasjonale konkurranseregler. Praksis viser imidlertid at overvåkningsorganene og domstolene tolker samhandlingskriteriet på en streng måte.

EØS-avtalen forbyr i utgangspunktet offentlig støtte som begunstiger enkelte virksomheter og produksjon av enkelte varer dersom støtten påvirker samhandelen mellom landene. Mange former for støtte faller utenfor denne avgrensningen. Virksomheter av ikke-økonomisk art kan få støtte. Det gis også muligheter for unntak fra hovedregelen. Dersom en ordning kan klassifiseres som et generelt tiltak som er til gagn for næringslivet som helhet, vil det ikke bli regnet som konkurransevridende støtte. Tilskudd som gis til virksomheter som har påtatt seg å framskaffe tjenester som ligger innenfor myndighetenes ansvar, men som det ikke er markedsmessig lønnsomt å produsere ut fra gitte betingelser, vil heller ikke anses som ulovlig støtte, men som nødvendig kompensasjon.

Forslag til støtteordninger skal meldes til ESA. Dette gjelder så vel kommuner som andre offentlige myndigheter. Regelverket for offentlig støtte gir et betydelig rom for skjønn. Skjønnsmyndigheten ligger hos overvåkningsorganet, som på sin side utøver store deler av denne myndigheten gjennom utvikling av retningslinjer for hvordan saker skal avgjøres. Norske myndigheter konsulteres når retningslinjene utvikles. Her ligger det handlingsrom for påvirkning. Handlingsrommet i forhold til vedtatte retningslinjer er begrenset, men god kunnskap til retningslinjenes innhold styrker muligheten til å få forslag godtatt av overvåkningsorganet.

Visse typer offentlig støtte er ikke meldepliktig. Dette gjelder blant annet bagatellmessig støtte og støtte som faller inn under ulike typer gruppefritak. Kompensasjon for ulønnsomhet som følger av samfunnspålagte oppgaver er heller ikke meldepliktig.

Når offentlige myndigheter overlater til eksterne parter som er egne rettssubjekter å utføre tjenester kommer EØS-reglene om offentlige anskaffelser til anvendelse. Reglene skal sikre både like konkurransevilkår for alle som kan være interessert i å utføre den aktuelle tjenesten og best mulig utnytting av offentlige ressurser. Hovedprinsippene om åpenhet, forutsigbarhet, etterprøvnbarhet og likebehandling gjelder i tilknytning til alle anskaffelser. Bruk av anbudsrunder er påkrevd bare når oppdragets verdi overstiger visse terskelverdier. Oppdragsgiver har også adgang til å fastsette særlige vilkår, som kan omfatte sosiale og miljømessige hensyn, i tilknytning til valg av tjenesteleverandør, forutsatt at kravene er i samsvar med EØS-avtalens øvrige bestemmelser.

Regelverket om offentlige anskaffelser omfatter i utgangspunktet alle avtaler som oppdragsgiver inngår med et annet rettssubjekt. Rettspraksis viser imidlertid at dette kan avvikes under visse betingelser slik at tildeling kan skje direkte og anses som tildeling i egenregi. Betingelsene er

- at oppdragsgiveren har like sterk kontroll med leverandøren som med sine egne enheter
- at leverandørens virksomhet i hovedsak er rettet mot oppdragsgiver

Tjenestekonsesjoner er en spesiell type kontrakter hvor vederlaget for å utføre tjenesten enten utelukkende består i retten til å utnytte tjenesten økonomisk eller i en slik rett kombinert med betaling. Denne typen kontrakter omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser. Ved tildeling av kontrakt plikter oppdragsgiver allikevel å sørge for at EØS-avtalens hovedprinsipper blir fulgt. Dersom anbudsprosedyre anvendes er dette sikret. Det kan imidlertid også sikres på annet vis, for eksempel ved offentlige kunngjøringer av adgang til å søke om konsesjon, eller ved å benytte kjente og etterprøvbare kriterier for tildeling.

6 Kommuners erfaringer med EØS-regleverket

I dette kapitlet skal vi se nærmere på hvilke erfaringer tre utvalgte kommuner, Oslo, Stavanger og Tromsø, og to interkommunale renovasjonsselskaper har med det EØS-avlede regelverket.⁸⁸ I diskusjonen rettes oppmerksomheten mot hvilket handlingsrom kommunene opplever å ha i forhold til EØS-avtalen. Vi går videre inn på noen spesielle EØS-utfordringer som i dag eksisterer innen renovasjonsområdet.

For å sette diskusjonene i perspektiv vil vi imidlertid først presentere noen nyere utviklingstrekk i organiseringen til kommunal virksomhet, og spør særlig om en økende bruk av markedsløsninger i kommunal sektor kan ha bidratt til en utvikling der kommunene i større grad blir berørt av bestemmelser i EØS-regleverket. Denne diskusjonen suppleres dernest med en gjennomgang av sentrale litteraturbidrag om norske kommuners forhold til EØS-avtalen. Vi fokuserer her på hvilke problemområder litteraturen fremhever som sentrale for kommunene i forbindelse med EØS-avtalen.

6.1 Utviklingstrekk i kommunesektoren

Utviklingen i kommune-Norge har de siste årene vært påvirket av generelle økonomiske faktorer som konjunkturer, rentenivå og rammene på statlige overføringer. Kommunene har gjennomført organisatoriske endringer som følge av disse faktorene, men målet er ofte også å øke det politiske handlingsrommet lokalt. I det følgende skal vi gi en kort oppsummering av utviklingstrekk innen dette området som særlig kan ha betydning for hvordan EØS-regelverk slår inn i kommunesektoren.

I den sammenheng er det betydningen av økt fristilling, bruk av ulike selskapsformer og konkurranseutsetting i kommunene som er mest relevant. Spørsmålet som kan reises er: Hvorfor har bruken av disse nye organisasjonsformene og virkemidlene økt de siste årene? Svaret kan dels knyttes til den nye kommuneloven, og dels til fremveksten av en styringsform/-ideologi som ofte omtales under den engelske forkortelsen NPM (New Public Management). Vi skal kort se på de to endringsprosessene.

Nils Aarsæther og Signy Irene Vabo (2002) gir i boken *”Fristilt og velstyrt? Fokus på kommune-Norge”* en oversikt over hvordan kommuner og fylkeskommuner har tilpasset virksomheten til den friheten som kommuneloven av 1992 skulle gi dem. Boken tar opp en rekke temaområder, som kommunelovens betydning for demokratisk deltakelse, den nye politikerrollen, endringer i tjenesteproduksjonen og kommunens rolle som lokal samfunnsutvikler. Avslutningsvis trekker forfatterne noen konklusjoner knyttet til lovendingens betydning i et tiårsperspektiv (Ibid: 201-03):

⁸⁸ Kapitlet bygger på: Arild Aurvåg Farsund (2006): *Kommuners erfaring med EØS-regelverk*. Stavanger: IRIS-Arbeidsnotat 2006/129. Arbeidsnotatet inneholder en mer utfyllende beskrivelse av datamaterialet.

-
- Kommuneloven har lagt sterkere føringer på økonomistyringen i kommunene, og dette har ført til endringer i politiske og administrative rutiner.
 - Kommuneloven har åpnet opp for en vidtrekkende fristilling av politisk og administrativ organisering, og denne friheten har en stor del av kommunene benyttet.
 - Kommunene er i et press mellom sterk statlig rammestyring og økende forventninger fra innbyggerne når det gjelder tjenestenes kvalitet og kostnader. Valg av løsning, inkludert bruken av konkurranseutsetting, er i stor grad opp til den enkelte kommune. Dette gir kommunene store utfordringer når de skal velge hvilke løsninger som er mest optimale for dem.

Det er imidlertid ikke bare lovgrunnlaget for kommunesektoren som har blitt endret. De siste to tiårene har reformer i offentlig sektor vært preget av en styringsideologi som omtales som NPM. Antall studier av effekter for kommunal sektor er stort, og drivkrefter, mål og resultater er analysert i mange sammenhenger. Vi vil i her kort peke på to generelle hovedkjennetegn ved reformene i offentlig sektor (basert på Christensen et al. 2004: 138):

- *Økt bruk av mål- og resultatstyring:* Dette er virkemiddel for politisk og administrativt lederskap der en delegerer myndighet innen budsjett-, lønns- og personalforvaltning. Idealet er at det skal styres etter klare, stabile, konsistente og konkrete mål. Dette systemet gir større fleksibilitet, men denne blir motvirket gjennom økt resultatrapportering og resultatkontroll.
- *Økt bruk av strukturell fristilling:* Dette gjelder offentlige organisasjoners tilknytningsform i forhold til overordnede politiske og administrative myndigheter. I kommunesektoren dreier det seg om utskillelse av virksomhet i kommunale foretak (KF), Interkommunale selskaper (IKS) og rene aksjeselskaper (AS).

Det eksisterer ulike vurderinger av hvilke effekter endringer i de samlede rammebetingelsene har hatt av betydning for kommune-Norge. I Makt- og demokratiutredningens sluttrapport (Østerud, Engelstad og Selle 2003) gis det et relativt pessimistisk bilde av det norske lokal- og regionaldemokratiet. Forfatterne mener at lokaldemokratiet er svekket gjennom press fra stramme budsjetter og statlige pålegg. Særlig fremheves den statlige detaljstyringen i forhold til likebehandling i det offentlige tjenestetilbudet. Individuelle rettigheter skaper et direkte bånd mellom enkeltmennesker og staten, der lokale prioriteringer og flertallsvedtak skaper uorden. En konsekvens er at domstoler og andre rettsorganer har blitt viktigere i fordelingen av knappe goder, og i den forbindelse er det sentralt at vedtak fattes i enkeltsaker uten at de ses i sammenheng med overordnede prioriteringer (Ibid: 114-15).

Konklusjonen er at i spørsmål av nasjonal betydning blir kommunene mer administrative instanser. Tendensen er at det lokale selvstyret er begrenset til saker med spesifikt lokalt innhold, som organiseringen av kultur- og

idrettstiltak, teknisk sektor, byggesaker, geografisk plassering og areal-disponering (Ibid.). Spørsmålet her er imidlertid om ikke maktutredene her overdriver kommunenes handlingsrom særlig innen teknisk sektor, for her er det mange berøringspunkter med EØS-regelverket.

Oppsummert kan vi slå fast at både statlig og kommunal politikk har bidratt til å endre hvordan lokal administrasjon og tjenesteproduksjon organiseres og utføres. Staten har rettsliggjort sin politikk, mens kommunene har fristilt og konkurranseutsatt deler av sin virksomhet. Endringene i kommunesektoren kan ha betydning for handlingsrommet i forhold til EØS-regelverket. I det følgende vil vi derfor ta opp i hvilken grad og hvordan organiseringen av den enkelte kommunes virksomhet påvirkes av de rammebetingelsene som blir fastlagt gjennom EØS-avtalen.

6.2 EØS-avtalen og kommunene

EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994, og allerede i utgangspunktet var det klart at mange bestemmelser ville ha konsekvenser for kommune-Norge. I det følgende skal vi gi en kort oppsummering av noen sentrale bidrag fra faglitteraturen og offentlige utredninger som tar opp forholdet mellom EØS-avtalen og kommunene. Litteraturen er preget av at det har vært lite fokus på disse sidene ved både kommunesektoren og EØS-avtalen. Vi vil derfor begynne med en bok som kom ut kort tid etter at EØS-avtalen var iverksatt i Norge.

Johan From og Per Stava redigerte i 1995 boken *”EØS og lokalforvaltningen: gjensidig påvirkning?: Utfordringer, muligheter og innflytelse for kommunesektoren”*. Bokens ulike kapitler gir oversikt over hvordan kommune-Norge påvirkes av avtalen. Miljø, offentlig innkjøp, kommunal økonomi og arbeidsgiverrollen er de områdene hvor forfatterne mener at EØS-avtalen vil ha størst betydning. I den sammenheng fremhever de at *”Den kanskje viktigste oppgaven norsk lokalforvaltning står overfor, er knyttet til evnen til å utnytte de muligheter som EØS-avtalen medfører”* (Ibid: 207).

Avslutningsvis peker From og Stava på at EØS-avtalen vil føre til langsiktige og gradvise endringer med stor betydning for kommunesektoren. De anbefalte derfor sektoren å følge med i utviklingen og forsøke å fange opp de langsiktige utviklingstendensene, samtidig som de løpende ivaretok egne interesser (Ibid: 209). I vår studie har vi mulighet å følge opp om kommunene faktisk har fulgt disse anbefalingene, og dette skal vi komme tilbake til seinere i kapitlet.

Noralv Veggeland ga i 2005 ut boken *”Europapolitikk, innenrikspolitikk og kommunene”*. Boken representerer en bred tilnærming til temaene i tittelen, men det er særlig kapitlet *”Konkurransekommunen”* som er relevant for vår undersøkelse. Veggeland er her opptatt av den betydningen EØS-regelverket har fått i forbindelse med endringer i kommunenes arbeidsmåter og organisering. Bruk av *”bestiller – utfører”* modeller med åpning for konkurranse medfører at EØS-reglene om offentlige anskaffelser, som blant annet krever bruk av åpne anbudsrunder når oppdraget ligger over gjeldende terskelverdi, skal følges. Bruk av slike prosedyrer kan gi innsparinger, men det kan også redusere kommunenes mulighet til å drive politikk gjennom tildeling av prosjekter. Kostnadseffektiviteten kan i tillegg svekkes gjennom de

transaksjonskostnadene anbudsrundene medfører. Utlysning, utvelgelse og kontroll krever kommunale ressurser og fordyrer prosjekter, og dette er spesielt problematisk i forbindelse med utlysninger rett i overkant av terskelverdiene (Ibid: 196-99).

Lokaldemokratikommisjonen avga i 2005 innstillingen ”*Samspill og tillitt*” (NOU 2005: 06), og her er det et kapittel om internasjonale avtaler og lokaldemokrati. I forbindelse med arbeidet har kommisjonen fått Harald Baldersheim til å utarbeide notatet ”Norske kommuner i et internasjonalt perspektiv”, og Noralv Veggeland har utarbeidet notatet ”Det nye lokaldemokratiet: Internasjonale avtaler og europeisering av Norge”. Notatene danner utgangspunkt for kommisjonens drøftinger av internasjonale føringer for kommunene, og deres egne vurderinger av hvilke problemstillinger en står overfor på dette området.

Lokaldemokratikommisjonens utgangspunkt er at EØS-avtalen berører kommunenes arbeid med myndighetsutøvelse, forvaltning og tjeneste-produksjon. De må følge opp EUs regler på de områder avtalen gjelder, og i den sammenheng må reglene praktiseres ensartet med praksis i andre land i EØS-området. Det fremheves at det særlig er på konkurranseområdet at det er mange berøringspunkter mellom EØS-reglene og kommunene. Kommisjonen understreker imidlertid at EØS-avtalen ikke tilsier at kommunene må velge markedsorienterte styrings- og organisasjonsformer, for regelverket blir først gjeldende når kommunene selv har valgt slike løsninger. Det henvises i den sammenheng til Veggelands notat, der det blir antydnet at EØS-avtalen kan tenkes å skape forventninger om moderniseringsfremstøt og konkurranse-utsetting. Diskusjonene munner ut i noen anbefalinger fra kommisjonen:

- Lokaldemokratiske hensyn tilsier at Norge ikke bør legge seg på en strengere konkurransepolitikk enn det EU-landene selv gjør.
- Det bør satses sterkt på kompetansehevende tiltak både lokalt og nasjonalt.
- Kommuner og fylker bør sikres deltakelse i relevante arbeids-/ekspertgrupper under EU-kommisjonen. Dette kan bidra til at det utvikles EØS-regler som er bedre tilpasset norsk virkelighet og til å øke kompetansen både nasjonalt og lokalt.
- Det bør etableres en rådgivende lokal og regionalkomité i EFTA. Dette vil trekke kommuner og fylkeskommuner inn i EFTAs arbeid med EØS-saker samtidig som det kan bidra til å utvikle samarbeidet med EUs regionalkomité.

Lokaldemokratikommisjonens utredning er med på å sette EØS-avtalens betydning for kommunene på dagsorden igjen. Kommisjonen har gjennomført utredninger om internasjonale avtaler og kommunene, og har på den måten bidratt til å få frem erfaringer med EØS-avtalen i lokalforvaltningen.

Oppsummert kan vi slå fast at litteraturen om ”EØS og kommunene” fokuserer på noen hovedmomenter. For det første påpekes det at kommunene berøres av et regelverk i stadig utvikling. Anbuds- og innkjøpsregler nevnes særlig, mens

reglene for offentlig støtte får noe mindre oppmerksomhet. Løpende oppfølging av regelverkene, og kompetanseutvikling er derfor viktige oppgaver å ta tak i for kommunene. For det andre anbefales en sterkere interessepolitisk deltakelse fra kommunene og deres interesseorganisasjoner. Anbefalingene er at dette arbeidet må rettes både nasjonalt og internasjonalt. Vi skal i det følgende se om utvalgte kommuner selv oppfatter dette som relevante problemstillinger for egen virksomhet.

6.3 EØS-regler og opplevd kommunalt handlingsrom

I undersøkelsen søkte vi først å kartlegge kommunene og renovasjonsselskaperens erfaringer med EØS-avtalen generelt. Videre undersøkte vi om kommunene hadde spesielle saker som var behandlet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter omtalt som KOFA) eller EFTAs overvåkningsorgan ESA. Deretter søkte vi å få kartlagt kommunenes oppfatninger om kompetansenivå i disse spørsmålene, og om de opplevde at de hadde lokalt handlingsrom i forhold til regelverkene. Avslutningsvis søkte vi informasjon om eventuelle påvirkningsstrategier i forhold til både nasjonalt og internasjonalt nivå.

I det følgende skal vi drøfte noen hovedobservasjoner fra undersøkelsen av kommunenes og renovasjonsselskaperens erfaringer med regler avledet fra EØS-avtalen. Vi skal begynne med en kort oppsummering av hvert case, deretter drøfter vi hovedspørsmålene og til slutt trekker vi noen konklusjoner om opplevd kommunalt handlingsrom.

6.3.1 De tre kommunene og betydning av EØS-reglene

Oslo kommune har en stor og kompleks administrasjon og en omfattende tjenesteproduksjon. Kommunen bruker i mange sammenhenger en bestiller – utfører modell med konkurranseutsetting av tjenesteproduksjonen som virkemiddel. I tillegg brukes utbyggingsavtaler som et virkemiddel i byutviklingsprosjekter. Disse har elementer av partnerskap mellom offentlig og privat, der arealer blir solgt til utbyggere mot at kommunen eller bysamfunnet får en gjenytelse i form av infrastruktur eller en tjeneste. På begge disse områdene berøres kommunens virksomhet av bestemmelser avledet fra EØS-avtalen. De største utfordringene har de siste årene vært knyttet til kommunens bruk av utbyggingsavtaler. To ganger de siste årene er kommunen klaget inn for ESA i forbindelse med anklager om brudd på reglene for offentlig støtte. Innkjøp og tekniske driftstjenester som renovasjon, er andre områder som i stor grad berøres av ulike EØS-direktiv. På innkjøpsområdet har det vært klagesaker til KOFA.

Stavanger kommune har organisert virksomheten sin i en tonivåmodell. Sentralt finnes felles administrative funksjoner, og lokalt er ansvaret for tjenesteproduksjonen delegert til tjenesteenhetene. Kommunen konkurranseutsetter deler av tjenesteproduksjonen. Den har også etablert en sentralisert innkjøpsfunksjon for å sikre en helhetlig og kostnadseffektiv innkjøpspolitikk i hele organisasjonen. Siden kommunen har en aktiv innkjøps- og konkurransepolitikk er det mange berøringspunkter med EØS-reglene. Det fremheves i den sammenheng at kommunen først og fremst er opptatt av at organisasjonen lojalt

skal etterleve de regelverk som eksisterer, enten de er nasjonale eller basert på EU-direktiv. Kommunen har imidlertid hatt noen saker i KOFA. Kommunen oppgir at den ikke gir offentlig støtte, og på dette området har det ikke vært klagesaker.

Tromsø kommune har organisert virksomheten i en tonivåmodell. Tjenesteproduksjonen blir imidlertid i liten grad direkte konkurranseutsatt. Kommunen gir ikke offentlig støtte til næringsvirksomhet. EØS-regelverket har derfor først og fremst innvirkning på områder som har anbud eller innkjøp. Kommunen har spesialisert denne funksjonen, men har opplevd klagesaker i forhold til KOFA. På ett område opplever Tromsø kommune i dag store utfordringer i forhold til EØS-regler. Ulike direktiver har medvirket til at kommunen har startet arbeid med en omorganisering av renovasjonsvirksomheten. Siden miljø- og konkurransedirektivene påvirker på ulike måter, står kommunen overfor komplekse utfordringer på dette området. Dette er derfor et område hvor kommunalt handlingsrom oppleves som redusert.

De tre kommunene har i ulik grad tilpasset virksomheten til moderne prinsipper for organisering av offentlig sektor. Organisasjonsmodellene har klare innslag av NPM med fokus på effektivitet og økonomistyring gjennom spesialisering og delegert ansvar til utøvende enheter, enten direkte eller gjennom selskaps- og foretaksorganisering. Ingen av kommunene har imidlertid rendyrket konkurranseutsetting som virkemiddel. Effekten av EØS-reglenes bestemmelser om konkurranse er dermed mest direkte på områder om har med offentlige anskaffelser å gjøre.

Utviklingen i kommunenes organisasjonsformer og styringssystemer fører i økende grad til at de blir eksponert for konkurranseregelverket innenfor EØS-avtalen og da fremfor alt for anskaffelsesregelverket. KOFA og ESA blir i noen saker trukket inn i tvister knyttet til den kommunale saksbehandlingen. Erfaringene til disse tre kommunene utgjør dermed eksempler på den rettsliggjøring og europeisering som den omtalte litteraturen viser til. Samtidig er det viktig å fremheve at tempoet, omfanget og retningen på endringene i stor grad styres politisk i den enkelte kommune.

6.3.2 Renovasjonsvirksomhet og betydningen av EØS-regler

Forurensingsloven pålegger kommunene ansvar for innsamling og behandling av forbruksavfall og håndtering av spesialavfall. En EØS-relatert lovendring i 2004 innebar at det ble etablert et skille mellom husholdningsavfall og næringsavfall. Innen husholdningsavfall ble kommunenes monopol på innsamling, transport og gjenvinning/sluttbehandling opprettholdt, mens innen næringsavfall ble det etablert fri konkurranse mellom offentlige og private aktører.

I en rapport fra ECON blir det slått fast at konfliktnivået i bransjen for tiden er høyt. I følge ECONs rapport har dette ofte sammenheng med uklare regler, og det faktum at monopoltenester og konkurranseutsatte tjenester utføres av samme kommunale eller interkommunale selskap (ECON 2006:6).

Vi har i denne undersøkelsen derfor sett nærmere på ulike former for organisering av renovasjonsvirksomhet i kommunene. Vi har undersøkt erfaringene på to måter. For det første har vi dekket dette område i Oslo,

Stavanger og Tromsø. Her har vi sett på erfaringene med alt fra kommunale enheter, via kommunale foretak og til interkommunale selskap. For det andre har vi sett nærmere på et interkommunalt selskap og et kommunalt eid aksjeselskap. Først litt om disse to selskapene.

Det første selskapet, Bergen interkommunale renholdsverk, *BIR AS*, har ansvar for kommunal renovasjonsvirksomhet i de 9 eierkommunene som alle ligger i Bergens-regionen. Virksomheten omfatter både kommunale forvaltningsoppgaver, konkurranseutsatt innsamling og transport og eierskap i selskaper innen deponering og gjenvinning, inkludert forbrenningsanlegg. Selskapet er organisert som konsern, og kontakten til eierkommunene skjer gjennom styret. Konkurransetilsynet tok i 2005 opp forholdet mellom forvaltningsoppgaver og konkurranseutsatt virksomhet i organisasjonen, og det kan bli aktuelt å etablere et klarere organisatorisk skille mellom disse oppgavene.

Det andre selskapet, *IVAR IKS*, har ansvar for den delen av kommunal vann-, avløps- og renovasjonsvirksomhet som går på tvers av kommunegrensene til de 11 eierkommunene som alle ligger i Stavanger-regionen. Det vil si at selskapet leverer drikkevann og tar imot og behandler avfallsvann og husholdningsavfall. *IVAR* har både kommunale forvaltningsoppgaver og virksomhet som er konkurranseutsatt. Selskapet har nylig gjennomført omorganisering av egen virksomhet. Eierkommunene har også vurdert omorganiseringer av hele sin virksomhet innen vann, avløp og renovasjon, men foreløpig er det ikke vedtatt endringer.

Renovasjon var det området innen kommunal tjenesteproduksjon hvor vi fant at det for tiden var flest utfordringer knyttet til EØS-avledet regelverk. Utfordringene slo inn på flere områder, og følgende generelle problemstillinger kan trekkes frem:

- *Eierskap og organisering*: Alle de ulike organisasjons- og eierskapsformene hadde i noen grad utfordringer med EØS-avledet regelverk. I en sektor med stadig mer konkurranse ble de ”kommunale” selskapsformene, kommunalt foretak (KF) og interkommunalt selskap (IKS), opplevd å hvile på et noe mer uklart juridisk grunnlag enn aksjeselskapsformen. En gjennomgående oppfatning er at den førstnevnte formen gir mulighet for sterkere politisk styring, mens den andre formen gir grunnlag for raskere tilpasninger til den økende konkurransen som vektlegges i bransjens rammebetingelser. Avveiningen av forholdet mellom politisk styring og markedstilpasning oppleves som vanskelig, og i dagens situasjon er valg av eierskapsform og organisasjonsmodell fortsatt uavklart i flere av kommunene.
- *Egenregi og konkurranse*: Forholdet mellom egenregi og konkurranse er det feltet som gir renovasjonsvirksomhetene størst utfordringer. På den ene siden finnes det regler for hvordan virksomheten skal organiseres for at det fortsatt skal være egenregi, eller når det skal gjennomføres konkurranse. På den andre siden er det uklarheter i regleverket som bidrar til å utfordre kommunenes valg av løsninger. Dette oppleves særlig problematisk i forbindelse med større investeringer. Vi har i

denne undersøkelsen observert flere ulike organisatoriske tilpassninger på dette området, noe som indikerer et kommunalt handlingsrom.

- *Kryssubsidiering*: Alle selskapene vi har sett nærmere på i undersøkelsen opererer både innen monopolområdet husholdningsavfall og det nå konkurranseutsatte området næringsavfall. Dette har ført til kritikk eller klager fra private aktører i bransjen. Hovedargumentet til de private aktørene er at det skjer en kryssubsidiering i de kommunale selskapene. Dette avvises imidlertid av de kommunale selskapene, men det arbeides for tiden med rutiner og organisasjonsmodeller som skal gi større åpenhet og mindre grunnlag for klager om dette fra private aktører.
- *Miljø og gjenvinning*: Avfall er et miljøproblem, men blir i økende grad sett som en økonomisk ressurs. Ivaretagelse av miljøproblemer er et kommunalt ansvarsområde, mens de økonomiske verdiene avfallet representerer har ført til økende interesse fra kommersielle markedsaktører. Dette kompliserer bildet for kommunene, og mange av problemstillingene i forhold til EØS-reglene er knyttet til at det ikke er enkelt å gi endelige definisjoner som kan sikre en helhetlig forståelse av utfordringene og hvordan de kan løses organisatorisk.

Uklare regler og ulike juridiske fortolkninger av hva som er den riktige løsningen av problemene er dermed et dilemma for alle kommunene og selskapene vi har hatt med i denne undersøkelsen. Flere av våre informanter fremhevet svak nasjonal oppfølging på dette området som et hovedproblem i endringsprosessene. Det ble derfor etterlyst en statlig avklaring av hvordan kommunene kan organisere virksomheten for å møte de mange utfordringene som finnes innen avfallsområdet.

I forhold til den generelle EØS-påvirkningen ble interessepolitikk sett som en annen felles utfordring innen renovasjonsområdet. På dette området har den enkelte kommune og det enkelte selskap kompetanse og ressursproblemer når det gjelder å drive påvirkning av nasjonale myndigheter. Interessepolitikken har derfor blitt et ansvarsområde for organisasjoner som Avfall Norge og KS-bedrift. EØS er også et område hvor både kommuner og selskaper bruker betydelig med ressurser på advokat- og konsulentbistand for å sikre tilgang på relevant kompetanse i konkrete saker.

6.4 Kommunenes opplevde erfaringer med EØS-regelverk

EØS-spørsmål har generelt sett liten oppmerksomhet i kommunene, og for politiske og administrative ledere er det bare unntaksvis at de arbeider direkte med slike saker. Denne kartleggingen viser at kommunenes EØS-erfaringer er konsentrert i noen spesialenheter som har ansvar for enkeltspørsmål eller enkeltområder hvor dette regelverket er særlig relevant for arbeidet. Dette gjelder særlig i spesialenheter etablert for å gi kommunene en helhetlig og effektiv innkjøpsstrategi. På dette området er oppfølgingen av EØS-reglene institusjonalisert og kompetansen høy. Også andre spesialistenheter som

utbygging, kommuneadvokatene og tekniske driftstjenester arbeider med disse spørsmålene jevnlig og har egen kompetanse.

For politikere, administrative ledere og ansatte innen andre tjenesteenheter er EØS-avtalen en av mange rammebetingelser de må forholde seg til. Dette gir noen utfordringer i kommunene. I Oslo og Stavanger fremhevet flere informanter at den interne kommunikasjonen var dårlig i EØS-saker, noe som til tider gikk ut over kvaliteten på saksbehandlingen. Det er særlig i innkjøps-saker at denne type mangler kan føre til problemer og økt tidsbruk.

EØS-reglene og deres konsekvenser har dermed først og fremst blitt et tema for eksperter. Konkrete problemer tolkes ut fra den enkelte profesjonens ståsted, og valg av løsning blir da influert av om mottaker er ingeniør, jurist eller økonom. Flere informanter var også opptatt av at for sterkt juridisk fokus kunne gi for restriktive tolkninger av regelverket. Samtidig er andre profesjoner lite oppmerksomme på de utfordringer reglene gir for deres virksomhet. Politikerne blir også lett stående på utsiden i forhold til den faglige behandlingen av disse spørsmålene.

6.4.1 EØS-relaterte saker med særlig betydning

De tre kommunene vi har sett på i denne undersøkelsen har erfaringer med at deres virksomhet har blitt klaget inn for både KOFA og ESA. De fleste sakene er knyttet til kommunal innkjøpspolitikk, men noe saker fra Oslo tar også opp mulig ulovlig støtte i forbindelse med gjennomførte prosjekter. I Stavanger og Tromsø ble det vist til at offentlig støtte ikke hadde vært noe problem som hadde ført til klager, og da hovedsakelig fordi kommunene ikke ga støtte til næringsvirksomhet. Det ble imidlertid ikke utelukket at det kunne være saker som var i ”grenseland” uten at dette var tatt opp av noen. Stavanger og Tromsø opplevde ikke støtterelementet som problematisk.

Oslo kommune har hatt viktige prinsipp saker behandlet av ESA. Den ene saken gjaldt utbyggingsavtalen for Tjuvholmen, mens den andre gjaldt salg av sykehusboliger. I begge tilfellene ble det av andre aktører pekt på at avtalene med kjøper kunne oppfattes som ulovlig offentlig støtte til enkeltbedrifter. ESA ga Oslo kommune medhold i disse sakene, men til tross for dette, har sakene ført til at rutinene for innkjøp og konkurranse har blitt skjerpet innad i organisasjonen.

KOFA-sakene fremstilles av kommuner og renovasjonselskaper som eksempler på at næringslivet ønsker å teste ut i hvilken grad kommunen eller selskapet faktisk har etterlevd konkurransereglene. Det ble særlig vist til at i mindre prosjekter og utlysninger er det ofte vanskelig å skille mellom ulike tilbud når det gjelder pris og kvalitet, og i slike tilfeller vil tapende parter søke å teste ut begrunnelsen for vedtaket. I andre sammenhenger ble det vist til at klager kunne relateres til at kunnskapene i deler av næringslivet var svake i denne type saker. Saker hvor KOFA støttet kommunen eller renovasjons-selskapet ble tatt til inntekt for dette synspunktet.

Det er to effekter av klagesakene. For det første ble de opplevd å være resurskrevende og de stiller krav til at kommunene har tilgang til spesialkompetanse. For det andre fører klager til innskjerping av rutiner og praksis

innen de områdene hvor den enkelte kommune har mottatt klager. Dette ble i enkelte tilfeller oppfattet som en innskrenking i handlingsrommet til kommunen. I andre tilfeller ble det påpekt at beslutninger i KOFA, eller ulike rettsinstanser, virket klargjørende på kommunenes egen saksbehandling.

Et annet forhold som ble trukket frem i flere av kommunene var at de mener det er større fokus på norske saker i slike sammenhenger enn det ville vært om det gjaldt en kommune av tilsvarende størrelse i et annet europeiske land. Dette blir hovedsakelig knyttet til nasjonale myndigheters forståelse av hvordan regelverket skal innføres og etterleves i Norge.⁸⁹

6.4.2 EØS-kompetanse

Den generelle kompetansen på EØS-problemstillinger fremstår som ujevn hvis vi ser på kommuneorganisasjonene som en helhet. På et overordnet nivå var reglene om konkurranse ved anbud og innkjøp kjent av informantene, men når det gjelder detaljer var det mindre kunnskap i organisasjonene. De kommunale enhetene som har spesialisert EØS-kompetanse finnes først og fremst ved innkjøpskontor og hos kommuneadvokatene. I tillegg er det kompetanse på disse områdene hos nøkkelpersoner i de avdelingene som mest berøres av regelverket, og da særlig innenfor tekniske sektorer.

Kurs og opplæring er et tilbud som har vært benyttet i alle kommunene/selskapene som har vært med i denne undersøkelsen. Det er likevel først og fremst medarbeidere i de enhetene som arbeider med EØS-regelverk ”til daglig” som tilbys opplæring. I disse enhetene ble studieturer til andre aktører i Norge, til Brussel og til byer i andre land også trukket frem som viktige kilder til kunnskap i forbindelse med enhetenes oppbygging av kompetanse og læring av erfaring. Internett og databaser, særlig slike som gir informasjon om avgjørelser i enkeltsaker, er også kilder for informasjon om fortolkning av EØS-regelverk.

Deltakelse i ulike nettverk er viktig for kompetansen i kommunene. Disse brukes på ulike måter. Innen innkjøp kan man ha konkrete samarbeid der den kommunen med størst ekspertise har ansvar for et spesielt innkjøpsområde. I Stavanger beskrives dette som kostnadsbesparende både når det gjelder oppbygging av kompetanse og når det gjelder å få gode kontrakter. For Tromsø kommune var dette imidlertid mer problematisk, siden kommunen opplevde en viss grad av geografisk isolasjon i slike spørsmål. Direkte kommunikasjon er også viktig for å hente erfaringer med bestemte problemstillinger, og da er organisasjoner som KS, NORVAR og NRF viktige kilder for informasjon.

Det er ulik praksis når det gjelder innkjøp av EØS-kompetanse fra private aktører. I Tromsø og Oslo vektlegges det at det er nyttig og nødvendig å bygge opp og vedlikeholde denne kompetansen internt i organisasjonen. I Stavanger kommune, IVAR og BIR dekker en deler av kompetansebehovet ved bruk av private advokat- og konsultentselskaper. Hovedargumentet er at det er kun i spesielle saker at en trenger ekspertise, og da er det mest effektivt å hente inn

⁸⁹ Det finnes ingen dokumentasjon på at disse antakelsene stemmer overens med de faktiske forhold

spisskompetanse etter behov. Omorganiseringer og klager til KOFA er de viktigste begrunnelsene for å trekke vekslers på privat kompetanse. I Oslo og Tromsø har en i større grad satset på å bygge opp relevant kompetanse internt i organisasjonen. Argumentet er først og fremst at dette er kostnadssvarende, og i Tromsø sitt tilfelle har det også med habilitet å gjøre siden juristmiljøet i byen er relativt lite.

6.4.3 Opplevd handlingsrom

Kommunalt handlingsrom i forhold til EØS-regleverk og deres konsekvenser blir forstått ulikt i kommunene. For det første er jurister og andre fageksperter tilhengere av den klarhet som følger av faste regler. Et sitat fra Tromsø kommune illustrerer dette poenget: ”Det er bedre med et klart handlingsrom enn et stort handlingsrom”. I enkelte sammenhenger kan også politisk handlingsrom oppleves som problematisk hvis det dreier seg om å fatte vedtak som oppfattes som uforsvarlig sett fra det faglige ståstedet. Dette kan gjelde både i forhold til økonomiske vurderinger av nytten av konkurranse og vurderinger av miljøkonsekvenser.

For det andre er konkurranse et viktig element i nye kommunale organisasjonsmodeller. Innføring av en tonivåmodell, eller en ”bestiller – utfører” modell, er fra kommunenes side hovedsakelig begrunnet ut fra kommunens egne vurderinger av hva som er best for å oppnå god økonomi og høy kvalitet. I den grad modellen brukes i tilknytning til konkurranseutsetting av tjenester blir EØS-regelverket sett på som tjenelige virkemidler, særlig av politiske og administrative ledere. På den andre siden blir imidlertid reglene oppfattet både som vanskelige og kostbare og tidkrevende å følge.

Valg av organisasjonsmodell er et tredje område av betydning for handlingsrom. Aksjeselskap styres etter aksjeloven, og i et selskap som BIR blir dette tillagt stor verdi når det gjelder dets mulighet til å delta i konkurransen innen ”avfallsmarkedet”. Samtidig fremhever andre at KF/IKS som selskapsform gir større politisk handlingsrom i forhold til direkte styring av denne viktige tjenestesektoren. Som vist i diskusjonene av renovasjonssektoren, er dette et område hvor det kommunale handlingsrommet oppleves som uklart.

Samlet sett er det imidlertid klart at EØS-regleverket ikke oppfattes som noe stort problem for de fleste av kommunenes ansvarsområder. Politisk skjønn i forbindelse med kommunenes virksomhet blir påvirket av ulike nasjonale lover, regler og økonomiske retningslinjer, og i de fleste sammenhenger oppleves dette som viktigere enn EØS-regleverket.

6.4.4 Påvirkningsstrategier

Generelt sett er kommunene lite aktive i EØS-relatert påvirkningsarbeid. EØS-regelverket oppfattes som komplekst og som en problemstilling som er for omfattende for den enkelte kommune å ta fatt i. Interessepolitikk blir av flere informanter fremhevet som en aktivitet for nasjonale organisasjoner. Tilsvarende blir muligheter for å drive et internasjonalt påvirkningsarbeid avskrevet som for vanskelig og komplekst for den enkelt kommune. Det er nærliggende å se denne relativt lave interessen for påvirkningsarbeid i

sammenheng med at kommunene generelt sett opplever andre nasjonale rammebetingelser som viktigere å ha fokus på enn EØS-regelverket.

Det er samtidig viktig å fremheve at flere av informantene etterlyser en større kommunal evne til å drive påvirkning av både nasjonale og internasjonale beslutninger. Informanter har fremhevet at norske myndigheter kan være trege når det gjelder å iverksette nye ordninger, og moderniserer ofte ikke helheten i lovverket. Dette ble av flere trukket frem som en forklaring på hvorfor kommunene i dag sto overfor store utfordringer innen renovasjonsområdet. Nasjonale myndigheter ble også fremstilt som lite lydhøre for lokale innspill i slike saker.

En tredje type ankepunkt har vært at myndighetene har fått for lite gjennomslag internasjonalt for spesielle norske behov i disse regelverkene. Det vises også til missnøye med den nasjonale åpenheten rundt implementeringen av EØS-regler, og flere etterlyste en mer aktiv informasjon fra nasjonale myndigheter sin side. Innen tekniske tjenester har nasjonale organisasjoner som KS-bedrift og Norsk vann- og avløpsforening, NORVAR, fått ansvar for å drive interessepolitikk på vegne av medlemmene, og flere av informantene fremhevet at dette var et viktig arbeid.

Samtidig har vi sett at enkeltpersoner deltar som eksperter både nasjonalt og internasjonalt. Disse representerer viktige bindeledd for informasjonsutveksling mellom nasjonale myndigheter og kommunene. Dette er imidlertid først og fremst informasjon for fagfolk og eksperter innen enkelte særlig berørte områder. Det er samtidig en illustrasjon på at kommunene også kan utvikle kompetanse som er nyttig nasjonalt.

6.5 Oppsummering

I denne undersøkelsen har vi sett hvordan tre utvalgte kommuner og to utvalgte interkommunale renovasjonsselskaper forholder seg til EØS-avtalen og nasjonalt regelverk avledet fra denne. Vi kan oppsummere hovedobservasjonene i undersøkelsen i tre hovedpunkt.

For det første blir ikke EØS-avledet regelverk generelt opplevd som noe stort problem i ”dagliglivet” til kommunal virksomhet. På områder som særlig berøres av regelverket blir reglene tvert imot opplevd som tjenelige rammer for kommunenes virksomhet. I moderne kommunale organisasjoner preget av ”New Public Management” modeller er klare saksbehandlingsregler og prosedyrer for likebehandling sentrale kjennetegn. Vi ser her hvordan den rettsliggjøringen som Makt- og demokratiutredningen beskriver slår inn på dette området.

For det andre er kompetansen på EØS-spørsmål ujevnt fordelt i de kommunale organisasjonene. Generelt er kompetansen omtalt som lav. Det er fagfolkene som kjenner reglene, og som er ansvarlig for de fortolkninger som gjøres. Kunnskapen formidles kun i de tilfeller hvor det gjøres direkte feil i saksbehandlingen, som oftest når det gjelder bruk av konkurranse. Kommunene har også kompetanse som fungerer som en ressurs viss noen klager på spesifikke avgjørelser. På kompetansesiden har derfor ikke kommunene fullt ut

fulgt opp den anbefaling som From og Stava kom med i 1995 om at EØS-avtalen var dynamisk og derfor måtte følges tett i kommune-Norge.

For det tredje etterlyses mer og bedre informasjon fra nasjonale myndigheter om EØS-regleverket og dets betydning for kommunene. Dette får betydning for medvirkning i forbindelse med nasjonal iverksetting av EU-direktiver. I dag oppleves enkelte av vedtakene som å være fattet uten at lokale interesser har hatt mulighet til å få innflytelse på vedtakene. Dette oppleves for tiden å ha størst konsekvenser innenfor renovasjonsområdet, men det kan være en problemstilling som kan påvirke andre områder i fremtiden.

7 Påvirkningsmuligheter innenfor EØS-avtalen

7.1 Påvirkning av EUs organer

EØS-avtalen gir ikke rett til medvirkning i EUs besluttede organer, men EFTA-landene gis anledning til

- å bli konsultert på ekspertnivå
- å komme med faglige innspill i den forberedende fasen når Europakommisjonen utarbeider forslag til EØS-relevant regelverk
- å delta som observatør i komiteer som forbereder beslutninger på områder hvor Kommisjonen har delegert myndighet
- å delta i visse andre navngitte komiteer, slik som vitenskapskomiteer og programkomiteer⁹⁰

Deltakelsen i de ulike typer ekspertgrupper og komiteer som arbeider med regelverksutvikling - og håndheving er forankret i EØS-avtalens artikkel 99, 100 og 101. Programdeltakelsen er forankret i artikkel 81.

7.1.1 Deltakelse og påvirkning i ekspertgrupper

EØS-avtalens artikkel 99 omhandler EØS-landenes rett til å bli *uformelt konsultert* på et tidlig stadium når det skal utarbeides nytt regelverk på et område som omfattes av avtalen og prosedyreregler for hvordan partene - EFTA og EF – skal holde hverandre informert om de aktuelle sakene fram til det treffes beslutning i EØS-komiteen. Artikkelen sier ikke noe bestemt om hvordan konsultasjonene skal forgå, men i praksis blir de sakkyndige konsultert ved at de innkalles til møter i ekspertgrupper som Europakommisjonen benytter seg av i sitt arbeid med å forberede utkast til nytt regelverk. I prinsippet møter fagekspertene som *uavhengige fagpersoner* og ikke som representanter for sine lands regjeringer. Kommisjonen henter fagekspertene fra ulike miljøer for å få belyst de sakene de arbeider med på best mulig måte. Industrien er veldig ofte representert og det forekommer også bruk av fagekspertene fra andre deler av verden enn EU/EØS.

Arbeidet i ekspertgruppene er i prinsippet av faglig karakter, men det har allikevel vesentlig politisk betydning. Ulike lands og ulike bransjers interesser og synspunkter kommer til syne og blir bakt inn i forslagene Kommisjonen utarbeider. Kommisjonen er ute etter å få fram forslag som kan gå raskest mulig gjennom beslutningssystemet. Det betyr at desto tidligere ulike syn kommer på bordet, jo raskere kan de bygges inn i den kompromissløsningen Kommisjonens

⁹⁰ Programkomiteene arbeider ikke med regelverksutvikling eller håndheving av regler, men med planlegging og gjennomføring av programmer som kan variere fra å omfatte utvikling og utveksling av studenter og forskere, stimulering av småbedrifter til faglige nettverk. I utgangspunktet er programmene forbeholdt EUs medlemsland, men mange av dem er åpne for land som har omfattende avtaler med Eu, slik som EFTA-landene innenfor EØS og land som er omfattet av assosieringsavtaler av ulikt slag.

forslag alltid representerer. Påvirkningsmulighetene i ekspertgruppene ligger mye i å kunne bidra til å finne løsninger som alle EU/EØS-landene vil kunne leve med. Nasjonale særinteresser møtekommes gjerne dersom de ikke ”velter lasset”. I saker som er mer vitale for helheten vil det være nødvendig både å forholde seg taktisk, først og fremst ved å søke allianser med andre land, og å bidra faglig for å underbygge sine synspunkter. Å legge en utredning på bordet kan gi god uttelling.

De fleste norske deltakere i ekspertgrupper kommer fra fagdepartementer og deres underliggende virksomheter. Innslaget av deltakere fra direktorater og tilsyn er større enn fra departementene, men det er stor ulikhet mellom sektorene når det gjelder deltakelse. Dette skyldes først og fremst at de ulike sektorene ikke berøres like mye av EØS-avtalen. Prosedyrene for innkalling av fageksperter er uformelle og til dels uoversiktlige. De aktuelle personene må ofte selv følge med på hva som skjer og melde sin interesse. Står man først på en e-postliste blir man gjerne innkalt på nytt.

Noen sektorer berøres kraftig av EØS-avtalen, mens andre berøres i mindre grad. De mest berørte politikkområdene er tekniske handelshindringer, forurensning/miljø og mattrygghet. Det finnes også betydelig grad av harmonisering innenfor sektorer som samferdsel og finansielle tjenester.⁹¹

Harmoniseringen av regelverket innenfor EØS betyr at det regelverksforberedende arbeidet som før ble utført i nasjonale departementer og fagorganer er flyttet til Europakommisjonen. Å delta i ekspertgruppene betyr med andre ord å delta i de transnasjonale fora som har overtatt oppgaver som før lå på nasjonalt nivå.

På grunn av at EFTA-landene innenfor EØS ikke har adgang til EUs besluttede organer er ekspertgruppene en viktig arena for mulig påvirkning av EØS-regelverk. Erfaringen viser at det går an å få gjennomslag for synspunkter i ekspertgruppene dersom man har noe faglig å bidra med, og spesielt dersom dette også kan være med på å bygge broer mellom ulike divergerende standpunkter. Kommisjonen er spesielt lydhør på områder hvor et land måtte ha tunge næringsinteresser. Ofte er det slik at tunge næringsinteresser og høy faglig kompetanse følges at. Dette er for eksempel bakgrunnen for at Norge er blitt tatt spesielt med på råd i saker som har med aquakultur å gjøre.

Spesielle geografiske forhold kan også danne grunnlag for faglig ekspertise som Kommisjonen kan dra nytte av. Dette var tilfelle i tilknytning til utarbeidelsen av det såkalte ”Tunneldirektivet”⁹² som omhandlet sikkerhet i tunneler. Kommisjonens forslag hadde opprinnelig noen verdier for helling i tunneler som ville gjort norske undersjøiske tunneler ulovlige. Da det ble klart for Kommisjonen at Norge hadde spesiell behov og spesiell kompetanse på dette området ble dette tatt til følge og norsk ekspertise ble også hentet inn. Et annet eksempel er forslag til krav om fullstendige passasjerlister ved all ferjetrafikk. Et slikt vedtak ville ha skapt problemer for alle ferjene som krysser norske

⁹¹ Kilde: *Norsk deltakelse i EU-komiteer*. Statskonsult rapport:1999:6

⁹² Europakommisjonens forslag av 30.desember til tunneldirektiv (COM (2002)769 final) ble vedtatt 29.april 2004 som Europaparlaments og Rådsdirektiv 2004/54/EF.

fjorder og sund. Da kommisjonen ble gjort kjent med den norske fergetrafikken ble regelverket utformet mer fleksibelt på dette punktet.

Selv om en rekke eksempler viser at arbeid i ekspertgruppene kan gi innflytelse på utforming av EØS-regelverk er det viktig å være klar over at påvirkningsmuligheten det gir i forhold til hele beslutningsprosessen innenfor EU er relativt liten. Kommisjonens forslag endres ofte gjennom behandlingen i Rådet og Parlamentet og fordi EFTA-landene ikke deltar i disse organene har de heller ikke mulighet til å nå fram i den politiske "trade-off" som ofte finner sted i siste runde.

Et annet forhold som det er viktig å ha i mente er at det å kunne utnytte de påvirkningsmulighetene som deltakelsene i ekspertgruppene gir ikke alltid er noen enkel affære. Det krever både en gjennomtenkt strategi fra norske departementers og direktoraters side og spesiell kompetanse hos de som deltar i gruppene. På grunn av at norske ministere ikke skal møte i Rådet får de aktuelle departementene ikke det samme press på seg som søsterdepartementer i EUs medlemsland, til å sette seg godt inn i saken og utvikle standpunkter før vedtak fattes. Dette gjør at EØS-sakene ofte får lite oppmerksomhet før rettsaktene er vedtatt og skal innlemmes i norsk rett, men da er arbeidet i ekspertgruppene for lengst over og det er for sent å være med på å utforme politikken.

Møtekulturen i Europakommisjonen er en annen enn i Norge. Det handler mye om å være aktiv og vise at man er kompetent og har noe å fare med, bygge nettverk utenfor møtene og søke allianser med andre land. Norske deltakere er ofte forsiktede og litt usikre. De snakker ikke i utrengsmål på møtene og de bruker ikke mye tid utenfor møterommene når de er i Brussel. Selv om de møter "på like fot" i ekspertgruppene hemmes de ofte av statusen som representanter fra et "utenforland". De legger bånd på seg for ikke å virke for dominerende. I følge ekspertgruppeledere fra Kommisjonen er det ingen problemer med nordmennene. De er aldri møteplagere. Skulle noe kritiseres måtte det være at de til tider kan virke uinteresserte når det diskuteres ting som ikke berører dem direkte. De bidrar ikke veldig mye til fellesskapsløsninger der de ikke selv har en særinteresse å forsvare. Både fagekspertene selv og deres leder er enige om at ekspertgruppene kunne vært utnyttet bedre. Det krever imidlertid bevisst satsing på tidlig utforming av norske standpunkter og bruk av tid og ressurser.⁹³

7.1.2 Deltakelse i komitologikomiteer.

Det store flertall av rettsakter i EU er såkalte *gjennomføringsbestemmelser* som vedtas av Kommisjonen i kraft av myndighet delegert fra Rådet. Gjennomføringsbeslutningene omhandler veldig ofte spørsmål av teknisk karakter som det ikke er hensiktsmessig å behandle på politisk nivå. De forberedes gjennom arbeid i såkalte *komitologikomiteer*.⁹⁴

⁹³ Kilde. *Norsk innflytelse gjennom EU-komiteer*. Statskonsult. Rapport 2001:15

⁹⁴ Betegnelsen *komitologi* er et fransk slangord og betydde opprinnelig *læren om* eller *kunsten å* bruke Kommisjonens mangslungne komitésystem. Den er etter hvert blitt stående som navnet på en bestemt type komiteer: De som brukes til å forberede vedtak på områder hvor Kommisjonen har delegert beslutningsmyndighet

Gjennomføringsbestemmelser tar alltid utgangspunkt i *basisrettsakter* som de skal gjennomføre. Dette har klare paralleller til det norske systemet, der Stortinget delegerer forskriftsmyndighet til Kongen.

EØS-avtalens artikkel 100 omhandler Kommisjonens plikt til å sikre EFTA-landene bredest mulig deltakelse i det forberedende arbeidet på områder hvor Kommisjonen har myndighet til å fatte beslutninger. I praksis skjer dette gjennom at representanter fra EFTA-landene innenfor EØS deltar i komitologikomiteene og deres arbeidsgrupper. Rent formelt har EFTA-landene adgang bare til arbeidsgruppene, men de deltar også ofte som *observatører* i selve komiteen. Å ha observatørstatus innebærer at man har talerett på møtene, men ikke stemmerett.

Deltakelsen i komitologikomiteene er viktig for Norge grunnet at det er her utfyllende regelverk utformes på grunnlag av generelle direktiver og forordninger som allerede er innlemmet i EØS-avtalen. Komiteene følger ulike prosedyrer i sitt arbeid,⁹⁵ og for å få fullt utbytte av deltakelsen i komiteene er det viktig at de som deltar har god kjennskap til hva de ulike prosedyrene innebærer. Komiteenes innflytelse på Kommisjonens beslutninger varierer i forhold til hvilken prosedyre som blir brukt, men for alle prosedyrene er det slik at det i siste instans er Kommisjonen eller Rådet som tar den endelige beslutningen.

Norske deltakeres mulighet til å øve innflytelse på de beslutningene komitologikomiteene fatter avhenger på mange måter av de samme faktorene som i ekspertgruppene. Faglig tyngde og tunge interesser blir tillagt vekt. Hvordan deltakere med observatørstatus blir behandlet i møtene avhenger imidlertid her i større grad av møteleders oppfatninger av hvordan dette skal gjøres enn i ekspertgruppene. Enkelte møteledere gjør ikke forskjell på medlemmer og observatører annet enn ved votering. Andre styrer observatørens medvirkning i diskusjonen for eksempel ved at de bare gir dem ordet til slutt, eller bare en gang i løpet av møtet. Arbeidet i komitologikomiteene er i større grad enn i ekspertgruppene preget av at møtelederen skal komme fram til et omforent resultat, eller i det minste et flertallsvedtak. Erfarne deltakere i komitologikomiteer refererer at møtelederne ikke blir særlig begeistret dersom det kommer nye og uventede synspunkter på bordet i selve komitémøtet. Spesielle problemer bør bringes på bane på et tidligst mulig tidspunkt, enten i et arbeidsgruppemøte eller gjennom direkte kontakt med den saksansvarlige i Kommisjonen.

Å kunne delta i komitologikomiteene og deres arbeidsgrupper blir av deltakerne oppfattet som svært viktig når det gjelder å holde seg orientert om utviklingen innenfor et område som er regulert gjennom en EØS-rettsakt. Innflytelsesmuligheten ligger mye i å bygge opp respekt for egen kompetanse over tid, samt å bidra aktivt til gode fellesskapsløsninger.

⁹⁵ Rådsbeslutning 1999/468/EF OJ. L184/23 angir fire ulike prosedyrer for Kommisjonens utøvelse av delegert myndighet: Rådgivningsprosedyre, forvaltningsprosedyre, reguleringsprosedyre og beskyttelsesprosedyre. Den siste brukes bare ved alvorlige hendelser, slik som f.eks munn-og klovsykepedemien i 2001.

I praksis er det ofte glidende overganger mellom ekspertgrupper og komitologikomiteer. Komitologikomiteer brukes nemlig av Kommisjonen også til konsultasjon i forbindelse med drøfting av ideer til, og utforming av nye forslag som skal legges frem for Europaparlamentet og Rådet. Det er for eksempel vanlig at en møteagenda er delt i to, der komitologipunktene utgjør en egen bolk på dagsordenen.

7.1.3 EFTA-deltakelse i kraft av EØS-avtalen artikkel 101

Av EØS-avtalens artikkel 101 går det fram at EFTA-statene også kan delta i en del andre komiteer på spesielle områder. Dette er komiteer som innbyrdes er nokså ulike, men hvor det anses som relevant ut fra EØS-avtalen at EFTA-landene deltar. Eksempelvis kan nevnes: Vitenskapelig komité for næringsmidler, Vitenskapelig komité for veterinære spørsmål, Komité for legemidler, Kontaktutvalg for hvitvasking av penger.

7.1.4 EFTA-deltakelse i programkomiteer (EØS-avtalen art. 81)

EFTA-landene deltar også i EUs rammeprogrammer, handlingsprogrammer og andre aktiviteter på områder som ikke er direkte knyttet til de fire friheter og EUs konkurransebestemmelser. EFTA-deltakelse i slike aktiviteter er hjemlet i EØS-avtalen artikkel 81. Dette gjelder blant annet forskning, utdanning, helse og miljø. I gjennomføringen av rammeprogrammer og handlingsprogrammer assisteres Kommisjonen av programkomiteer med to representanter fra hvert medlemsland. Norge har også to representanter i programkomiteer på de områdene der vi deltar.

Programkomiteene bistår Kommisjonen med gjennomføring av de basisrettsaktene som alle EU-handlingsprogrammer er nedfelt i. Komiteene gir råd om faglig innhold og aktiviteter innenfor programmene, kriterier for prosjektstøtte, og mulig synergi med beslektede aktiviteter på nasjonalt nivå. Programkomiteene tilhører kategorien *rådgivende komitologikomiteer*.⁹⁶

Bakgrunnen for at EFTA-statene kan delta i handlingsprogrammene er at de selv bidrar til finansieringen gjennom bidrag til EU. EØS-avtalens artikkel 81b sier at EFTA-statene skal ha en status i disse komiteene som fullt ut tar hensyn til de tilskuddene disse landene yter. For Norge innebærer dette i praksis at norske forskningsmiljøer, frivillige organisasjoner, myndighetsorganer og andre har rett til å delta i prosjekter som mottar økonomiske tilskudd under det enkelte EU-handlingsprogram, og at Norge har rett til å bli hørt i komitémøtene, men ikke til å delta i voteringer.⁹⁷

7.1.5 Uformell påvirkning overfor EUs besluttede organer

Deltakelsen i ekspertgrupper og komiteer under Europakommisjonen gir begrenset adgang til å påvirke utforming og iverksetting av EØS-regelverk. Når Kommisjonen har sendt over sitt utkast til rettsakt til behandling i

⁹⁶ jf. note. 68

⁹⁷ Dette følger av at programkomiteene er komitologikomiteer hvor EFTA-landene bare har observatørstatus.

Europaparlamentet og Rådet er det kun mulig å påvirke beslutningene gjennom uformelle kanaler. Her ligger det mange utfordringer. Norske departementer og fagmyndigheter får ingen løpende informasjon om utviklingen i den enkelte sak, men må selv holde seg informert. Formelt sett går informasjonsflyten gjennom den norske delegasjonen til EU i Brussel og EFTA-sekretariatet, men det er viktig å ha supplerende kanaler. For statlige myndigheter er kontakten med søsterorganisasjoner i andre land, fortrinnsvis de nordiske av stor betydning. Et departement har sågar opprettet en egen stilling i sitt svenske søsterdepartement for å ha en ”lytterpost” mot EU. For bransje- og interesseorganisasjoner er europeiske paraplyorganisasjoner en viktig kanal både for informasjon, politikktutforming og påvirkning av EUs beslutninger.

Forsøkene på uformell påvirkning, eller lobbyvirksomheten, foregår gjennom ulike kanaler og retter seg mot ulike aktører alt etter hvor hen i prosessen en aktuell rettsakt befinner seg. I den tidlige fasen kan direkte kontakt med Kommisjonen for å formidle synspunkter eller bringe informasjon være viktig. Når rettsaktene er til behandling i Rådet og Parlamentet vil det være av betydning å komme i kontakt med de som deltar i beslutningsprosessen, enten direkte eller gjennom en interesseorganisasjon.

Kommisjonen spiller en helt sentral rolle i utformingen av EUs politikk. Den har eksklusiv forslagsrett når det gjelder utforming av regelverk og må opptre som en slags megler i en prosess hvor ulike nasjonale interesser skal balanseres mot hverandre. Kommisjonen er derfor svært interessert i å få tak i informasjon om ulike lands og posisjoner og om hvilke allianser som eventuelt bygges for eller imot de forslagene den forbereder. Kommisjonen er som følge av dette svært åpen for synspunkter fra berørte interesser og nasjonale myndigheter, og det er alltid mulig å ta direkte kontakt for å skaffe seg informasjon eller forsøke å påvirke utformingen av et forslag. Ansvarlig saksbehandler i Kommisjonen har ansvaret for å ”lose” forslaget gjennom EUs beslutningsprosess og er den som til enhver tid vil ha best oversikt over status i en gitt sak. Det blir derfor viktig å finne fram til denne personen og opprette kontakt dersom man ønsker å påvirke saken eller bare holde seg orientert.

Rådet som sådant er lukket for representanter fra EFTA-landene innenfor EØS, men de enkelte lands ministre kan bringes i tale, enten direkte eller gjennom sine rådgivere og saksbehandlere. Rådet har sin egen struktur av arbeidsgrupper som forbereder sakene og de samme nasjonale representantene fra EUs medlemsland sitter ofte både i disse arbeidsgruppene og tilsvarende grupper og komiteer under Kommisjonen. Nordmenn som deltar i ekspertgrupper og i komiteer under Kommisjonen har derfor mulighet til å holde seg orientert gjennom uformell kontakt med disse personene mens sakene er til behandling i Rådet. Kontaktene kan også brukes til å opparbeide allianser og utforme felles standpunkter med medlemsland forut for rådsforhandlingene.

Nettverksbygging mellom ministrene er også viktig. Det finnes eksempler på at norske ministre møtes fast med sine nordiske kolleger før rådsmøtene for å

kunne være orientert, og eventuelt forsikre seg om at norske hensyn blir ivaretatt gjennom formidlingen av felles standpunkter.⁹⁸

Europaparlamentet er en mer åpen institusjon og har etter hvert fått stor innflytelse i beslutningsprosessen. Direkte kontakt med ulike parlamentarikere og partigrupperinger kan derfor være en nyttig investering. Lobbyistene som tradisjonelt har hatt fokus på Kommisjonen legger etter hvert like stor vekt på å påvirke Parlamentet. Som Kommisjonen søker også Parlamentet aktivt å innhente synspunkter fra berørte interesser. Påvirkningsarbeidet i forhold til Parlamentet rettes ikke bare mot påvirkning av Parlamentets behandling av forslag som Kommisjonen har gjort seg ferdig med. Det handler også i stor grad om å påvirke utformingen av Kommisjonens forslag *via* Parlamentet. Kommisjonen og Parlamentet representerer det overnasjonale nivå i EU og inngår slik sett i et interessefellesskap sett i forhold til nasjonale særinteresser.⁹⁹ Kommisjonen søker i prinsippet aktivt støtte fra Parlamentet, som i kraft av å være direkte valgt har en demokratisk legitimitet Kommisjonen selv mangler.

Påvirkningsarbeid skjer også i stor grad gjennom deltakelse i Europeiske paraplyorganisasjoner av ulikt slag. EFTA-landene innefor EØS deltar som fulle medlemmer i disse organisasjonene og kan være med på å utforme organisasjonenes politikk og påvirkningsstrategier over for Kommisjon, Råd og Parlament. Ofte vil det å inngå i ulike typer allianser av uformell karakter være en fruktbar strategi. Det kan også være nyttig å kjøpe tjenester fra profesjonelle lobbyister.

Effektivt påvirkningsarbeid er imidlertid ikke noe som bare kan drives *ad hoc* fra sak til sak dersom det skal kunne lykkes. Det handler i stor grad om å bygge relasjoner over tid. Det er nødvendig å bygge opp tillit og skape varige allianser både med med- og motspillere.

EFTAs arbeidsgrupper er også en viktig kanal for formidling av kunnskap om særlige forhold som det kan være ønskelig at det blir tatt hensyn til.

7.1.6 Forbedringspunkter

Tatt i betraktning de relativt begrensede mulighetene EFTA-landene har til å påvirke utforming av politikk og regelverk innenfor de EØS-relevante områdene er det viktig at det potensialet som tross alt ligger der blir utnyttet fullt ut. Aktiv medvirkning på et tidligst mulig stadium er viktig uavhengig av om Norge klarer å påvirke de beslutninger som tas eller ikke. Medvirkningen gir forståelse for intensjonene med EUs politikk og regelverk og dermed innsikt i hvilke muligheter og begrensninger som finnes når det gjelder gjennomføring av de aktuelle rettsaktene på nasjonalt nivå.

Flere undersøkelser viser at anledningen til å delta i ekspertgrupper kunne ha vært bedre utnyttet. Norske departementer og direktorater hevder selv at mer kunne ha vært utrettet ved hjelp av mer strategisk satsing, mer bevisst utvikling av relevant kompetanse og mer ressursbruk. Arbeidet er for en stor del ”driftet”

⁹⁸ Kilde: *Norsk innflytelse gjennom EU-komiteer*. Statskonsult rapport 2001:15

⁹⁹ Dette forhindrer ikke at Kommisjonen og Parlamentet kan ha ulike syn i mange saker.

av saksbehandlere, men har relativt liten oppmerksomhet blant ledere. Utenriksdepartementet og Riksrevisjonen har påpekt behovet for styrking av EØS-arbeidet, og hver ny regjering, etter at EØS-avtalen ble inngått, har i sine ulike europapolitiske erklæringer gått inn for en sterkere satsing.¹⁰⁰

Ulike undersøkelser viser at hovedfokus for forvaltningens EØS-arbeid har vært å sikre at forpliktelsene i avtalen er blitt overholdt. Det betyr at gjennomføring av EØS-regelverk i norsk lov og rettspraksis er blitt prioritert framfor aktivt påvirkningsarbeid. Flere av undersøkelsene har konkludert med at det er behov for å

- utvikle bedre strategier og rutiner for håndtering av EØS-arbeidet
- få lederne mer på banen
- samordne arbeidet bedre, både horisontalt mellom ulike departementer, og vertikal mellom departementene og deres underliggende virksomheter
- bygge ”europakompetanse” på en mer systematisk måte
- utnytte deltakelsen i arbeidsgrupper og komiteer mer optimalt
- styrke kontakten med Europakommisjonen
- holde seg orientert om utviklingen i aktuelle saker som er til behandling i Rådet
- styrke kontakten med Europaparlamentet
- kommunisere med og innhente synspunkter fra berørte parter på et tidligere stadium
- gjøre EØS-informasjonen mer tilgjengelig, spesielt på Internett

Som ledd i styrking av arbeidet opp mot Kommisjonen er det også blitt rettet spesiell oppmerksomhet mot bedre utnytting av ordningen med adgang til å ha nasjonale eksperter i Kommisjonen. Norge har til enhver tid 30-40 eksperter i Kommisjonens ulike generaldirektorater. Disse ekspertene har ofte lite kontakt med norske myndigheter under selve oppholdet og den kompetansen de utvikler blir heller ikke alltid utnyttet godt nok etter hjemkomsten.

En del av de nevnte forslagene er blitt fulgt opp, men en god del gjenstår. Dette dreier seg dessuten ikke om tiltak som kan gjennomføres en gang for alle, men prosesser og aktiviteter som må holdes kontinuerlig i gang og stadig forbedres. Det er blant annet stor sårbarhet når det gjelder personutskiftinger. Både

¹⁰⁰ Kilder: *Europaveie, EU i de nordiske centralforvaltninger*, Jacobsen, Lægreid og Pedersen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001, *Norsk innflytelse gjennom EU-komiteer*, Statskonsult. Rapport 2001:15, *EØS-arbeidet i norsk forvaltning*, Statskonsult. Rapport 2002:5. *Samarbeidsregjeringens europapolitiske plattform. Tiltaksplan for styrking av EU/EØS-arbeidet i sentralforvaltningen*. Utenriksdepartementet/statskonsult 2003. *Samarbeidsregjeringens europapolitiske plattform: Vurdering av departementenes arbeid med oppfølgingen av plattformen*, Statskonsult, oktober 2004, *Riksrevisjonens undersøkelse av forvaltningens arbeid med utformingen av EØS-relevant regelverk*, Riksrevisjonens administrative rapport nr 2, 2005. *Om gjennomføring av europapolitikken*. St.meld. nr 23 (2005-2006)

kompetanse og nettverk kan forsvinne dersom sentrale medarbeidere slutter uten at nye er forberedt på å ta over arbeidet.

7.2 Innlemming av EØS-regler i norsk rett

7.2.1 Prosedyrer

EØS-komiteen fatter de aktuelle beslutningene om å innlemme nye EU-rettsakter i EØS-avtalen. Beslutningene får ikke virkning i Norge før de er innlemmet i norsk rett ved hjelp av lov eller forskrift. På grunn av prinsippet om enhetlig utvikling av regelverket i hele EØS-området er hovedregelen at EU-rettsaktene skal være innlemmet og tre i kraft samtidig i alle EU- og EFTA-land innenfor hele EØS-området.

Deler av EF-traktaten ble innlemmet i EØS-avtalen da avtalen ble inngått. EF-traktaten består av den opprinnelige Roma-traktaten som ble inngått mellom de seks første medlemslandene i 1957. Traktaten er siden blitt endret og har fått en del tilføyelser gjennom Enhetsakten i 1987, Maastrichttraktaten i 1993, Amsterdamtraktaten i 1999 og Nicetraktaten i 2001. Endringer i EF-traktaten som er foretatt etter at EØS-avtalen trådte i kraft er ikke innlemmet i avtalen.

De rettsaktene som blir innlemmet i EØS-avtalen etter vedtak i EØS-komiteen tilhører *sekundærretten*. Dette kalles også *det avledede regelverk*. Rasjonalet i denne betegnelsen er at det her er snakk om regelverk som er utviklet for å virkeliggjøre traktatgrunnlagets prinsipper. Sekundærretten består av *Basisrettsakter* som vedtas av Parlamentet og Rådet, samt av *Gjennomføringsbestemmelser* som vedtas av Kommisjonen i kraft av myndighet delegert fra Rådet. (jf. kap.7.1.2)

For både basisrettsakter og gjennomføringsbestemmelser blir det skilt mellom: *Forordninger* (regulations), som er bindende i alle deler og skal innlemmes ordrett i nasjonal rett, og *Direktiver* (directives) som er bindende ”i sin målsetting”, men hvor nasjonale myndigheter kan avgjøre hvordan direktivets skal gjennomføres i nasjonal rett. (jf. kap.3.1.1.) I tillegg finnes *Vedtak* (decisions) som er bindende ”etter sin ordlyd” for alle dem de er rettet mot. I motsetning til direktiver kan vedtak også være rettet mot enkeltpersoner eller bedrifter. Dersom et vedtak er rettet mot en person eller en bedrift betyr det i praksis at vedtaket også har direkte virkning i det aktuelle EU/EØS-landet. *Anbefalinger* (recommendations) og *uttalelser* (opinions) er ikke bindende. Nasjonale myndigheter kan likevel være forpliktet til å følge dem når et saksforhold skal avgjøres eller innholdet i en fellesskapsregel skal klarlegges.

Både når det gjelder forordninger og direktiver stilles Norge fritt til å velge om innlemmingen skal gjennomføres ved hjelp av lov eller forskrift. Teknisk regelverk innlemmes som regel som forskrift, og da hovedtyngden av EØS-regelverket er av teknisk art innlemmes det som oftest på denne måten.¹⁰¹

¹⁰¹ Pr. mars 2006 var det totalt innlemmet ca 5300 rettsakter i norsk rett. Mellom 2 til 6 prosent av alle rettsaktene som innlemmes hvert år krever lovendring i Norge. (St.meld 23 (2005-2006) *Om gjennomføring av europapolitikken*)

7.2.2 Handlingsrom og tilpasning til norske forhold

Direktivene gir et visst handlingsrom for tilpasning til nasjonale forhold, men det er vesentlig at direktivenes målsettinger blir ivaretatt ved den måten rettsakten innlemmes på. De aktuelle bestemmelsene innlemmes ofte i allerede eksisterende lover og forskrifter. Dette gjør at det kan være vanskelig å se hvilke regler som har sitt opphav i EU-rettsakter og hva som er nasjonal lovgiving. Det kan for eksempel være vanskelig å vite om aktuelle reguleringer er en nødvendig følge av EØS-rettsakten eller om norske myndigheter har gjort regelverket strengere ut fra nasjonale målsettinger, slik det er adgang til når direktivet bare tar sikte på minimumsharmonisering (jf. pkt. 4.1.2). Det siste finner vi eksempler på i tilknytning oppfølgingen av flere ulike direktiver:

Tunneldirektivet (Parlaments- og Rådskretiv 2004/54/EF) er et direktiv som setter opp minimum sikkerhetskrav til vegtunneler. Formålet med direktivet er primært å gi et minimum sikkerhetsnivå for trafikanter. Det skal forebygge kritiske hendelser som kan sette menneskeliv, miljø og tunnelinstallasjoner i fare. Det skal også gi beskyttelse ved eventuelle ulykker.

Direktivet stiller en rekke konkrete krav både til utformingen av infrastrukturen og til driften av tunnelene. Kravene er så vel tekniske som organisatoriske og de skal gjelde både for eksisterende og nye tunneler. Kravene er minimumskrav som i utgangspunktet gjelder bare for tunneler i det transeuropeiske vegnettet. Norge har imidlertid besluttet å la direktivet komme til anvendelse for hele riksvegnettet. I praksis betyr dette at det innføres noen strengere krav enn tidligere, mens kravene i direktivet på en del punkter er mindre strenge enn de opprinnelige norske retningslinjene. Hovedpoenget er imidlertid at Norge gir direktivets bestemmelser et større virkeområde enn det som direktivet forutsetter.

Deponidirektivet (Rådskretiv 1999/31/EF) forplikter EU/EØS-landene til å utvikle nasjonale strategier for hvordan de skal redusere omfanget av gjenvinnbart materiale som går til deponier. Strategiene skal inneholde tiltak for å nå de mål som direktivet setter opp. Direktivets mål er blant annet at fem år etter at medlemslandene har vedtatt strategien skal mengden nedbrytbart avfall til deponering være redusert ned til 75 % av den mengden som ble deponert i 1995, etter åtte år skal den være redusert til 50 % av samme mengde, og etter 15 år skal mengden nedbrytbart avfall til deponering bare utgjøre 35 % av 1995-nivået. Europakommisjonen vil, på bakgrunn av de erfaringer som gjøres, vurdere situasjonen på nytt i 2010.

Statens forurensningstilsyn (SFT) har i sitt forslag til handlingsplan foreslått å totalforby deponering av *biologisk nedbrytbart avfall* innen 2009. (EU-direktivet forbyr en del typer avfall i deponier, men ikke denne). SFTs mål med forbudet er å redusere utslipp av klimagasser. Miljøverndepartementet har bedt SFT vurdere unntak fra forbudet basert på miljø- og distriktsmessige hensyn, men SFT vil ikke foreslå dette. De vil kun åpne adgang til unntak i uforutsatte situasjoner med små konsekvenser. Vi ser her at forslaget går lenger enn det Deponidirektivet krever når det gjelder begrensning av adgangen til å deponere nedbrytbart avfall.

Terskelverdiene i tilknytning til offentlige innkjøp og nylig vedtatte endringer i Forsyningsforskriften er et annet område hvor Norge har lagt seg på en strengere linje enn det EØS-regelverket krever.

7.2.3 Innhenting av synspunkter fra brukere og interessenter

Ved innlemming av EØS-regelverk i norsk rett følges vanlige prosedyrer for høring med mulighet for berørte parter til å uttale seg i forhold til den loven eller forskriften som skal bli gjeldende i Norge. I tillegg er det en tiltakende bruk av høring på Internett. Disse høringene foretas imidlertid først etter at rettsakten er ferdig behandlet i EUs organer, og etter at EØS-komiteen har fattet vedtak om innlemming av den i EØS-avtalen. Det som det da vil være mulig å påvirke gjennom høringen er de tilpasninger til nasjonale forhold som direktivene gir. Synspunkter som kunne ha påvirket selve utformingen av direktivet er det for sent å komme med i denne sammenhengen. Berørte parter som ikke har vært konsultert tidligere, eller selv har fulgt med på regelverksutviklingen innenfor EU, kan derfor komme for sent på banen dersom de har synspunkter som burde ha vært gjort kjent før den aktuelle rettsakten ble vedtatt.

Europakommisjonen er, på sin side, opptatt av innhenting av synspunkter fra berørte parter, publikum og brukere på et tidlig stadium, og oppfordrer EU/EØS-landene til å sette i gang såkalt *tidlige høringer* for å få inn synspunkter så tidlig som mulig. Det vil i praksis si før den utformer sine utkast til rettsaker. For EFTA-landene innenfor EØS vil det være av avgjørende betydning at arbeidet med å få til tidlige høringer styrkes. Norske departementer og direktorater arbeider med å få dette til, men det blir oppfattet både som teknisk vanskelig og ressursmessig krevende å finne gode løsninger.¹⁰²

En annen mulighet for påvirkning gjennom konsultasjon finnes i tilknytning til overvåkningsorganenes arbeid med utviklingen av retningslinje for det skjønne de har kompetanse til å utøve. Nasjonale myndigheter blir konsultert når retningslinjene blir utarbeidet, og konsultasjonene gir god mulighet til å påvirke regler som kan få vidtrekkende betydning for ulike sektorer (jf. kap.5.2.4.1).

7.3 Spesielle utfordringer for kommunal sektor

Kommunal sektor har ikke noe direkte inntak til EUs beslutningsprosesser gjennom EØS-avtalen. Selv om det i prinsippet er slik at Kommisjonen også kan benytte eksperter fra regionale og kommunale nivåer skjer det ikke i praksis.¹⁰³ Dette forholdet er ikke unikt for EFTA-landene.

Europakommisjonen konsulterer heller ikke regionale og kommunale myndigheter innenfor EUs medlemsland på denne måten. De har imidlertid andre konsultasjonsmetoder som EFTA-landene mangler. Både Kommisjonen og Rådet er forpliktet til å konsultere EUs Regionkomité, som ble opprettet i 1994, når det forberedes lovverk som får konsekvenser for regionalt og

¹⁰² Kilder: *EØS-arbeidet i norsk forvaltning*. Statskonsultrapport 2001:5.

Samarbeidsregjeringens europapolitiske plattform: Vurdering av departementenes arbeid med oppfølging av plattformen. Statskonsult 2004.

¹⁰³ Kilde: *Norsk deltakelse i EU-komiteer*. Statskonsult rapport 1999:6

kommunalt nivå. EFTA- strukturen mangler en ekvivalent til dette. Det gjør at kommunalt og regionalt nivå i EFTA-landene innenfor EØS ikke har den samme institusjonaliserte mulighet til å bli hørt som EU-landene.¹⁰⁴ De må derfor bruke andre kanaler, både rettet mot EU-systemet, EFTA og nasjonale myndigheter.

Kommunal sektor har dermed en spesiell utfordring i tilknytning til det å kunne bringe erfaringer og synspunkter inn i den prosessen som fører fram til nytt EØS-regelverk. Dette gjelder alle faser, helt fra regelverket forberedes av Europakommisjonen til det skal innlemmes i nasjonal rett. Utfordringen består blant annet i å forbedre kontakten med fagekspertene som deltar i arbeidsgrupper under Europakommisjonen, og med medarbeidere i departementer og direktorater som arbeider med den konkrete innlemmingen av EØS-rettsaktene i det norske regelverket.¹⁰⁵

7.3.1 Kommunal sektors arbeid i forhold til EU

Norske kommuner arbeider sjelden selv direkte mot EUs institusjoner for å påvirke deres beslutninger. Kommunene, og spesielt kommunale virksomheter innenfor bransjer som i sterk grad berøres av sektorpolitisk regulering gjennom EØS-avtalen, benytter paraply- og bransjeorganisasjoner på nasjonalt og europeisk nivå for å få tidlig informasjon, og for å formidle sine synspunkter innover mot EU-systemet. Dette betraktes som viktige kanaler for å komme tidlig på banen. Vann- og avløpssektoren og avfallssektoren er eksempler på sektorer hvor norske kommuner har gode nettverk i forhold til europeiske bransjeorganisasjoner som er svært aktive overfor EUs institusjoner.

Ulike norske regioner har opprettet egne Brusselkontorer for å kunne følge med på utviklingen, bistå norske aktører med henvendelser til EU-organer, utvikling av kontaktnett og kompetansebygging. De fungerer foreløpig i liten grad som lobbyister i forhold til påvirkning av regelverksutvikling med betydning for kommunene.

KS har et eget brusselkontor som arbeider med påvirkning både direkte i forhold til EUs organer og igjennom paraplyorganisasjoner. KS arbeider med å koble og koordinere ulike sektorinteresser og få satt de enkelte sakene inn i en større sammenheng. Strategien for hvem det skal samarbeides med vurderes fra sak til sak. I en del saker kan det være vanskelig å bli enig med paraplyorganisasjonene om et felles standpunkt, og da opptrer KS på egen hånd overfor EUs organer. I en del tilfeller kan norske representanter være opptatt av saker som de andre ikke har den samme interesse i, noe som for øvrig ikke behøver å være noe problem.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Regionkomiteens utvalg for samarbeid med andre land har forslått at det utarbeides en struktur for samarbeid, samråd og informasjonsutveksling mellom regionkomiteen og lokale og regionale myndigheter i EFTA-landene. Island har foreslått å opprette en samarbeidsplattform for i EFTA med Regionkomiteen som modell.

¹⁰⁵ I praksis er dette veldig ofte de samme personene

¹⁰⁶ I forbindelse med høringen av hvitboken om SGI lyktes KS for eksempel med å få inn merknader i CEEPs og CMRs høringsuttalelser om hvordan små markeder i grisgrendte strøk fungerer.

På enkelte områder samarbeider KS innenfor andre nettverk i tillegg paraplyorganisasjonene. Energiområdet er et eksempel på dette. Her har KS gode kontakter i Kommisjonen. Dette er for øvrig et område hvor Norge har andre interesser enn mange av EUs medlemsland. Norges energimarked er for lengst åpnet for konkurranse, men situasjonen er annerledes i en rekke andre land. Det finnes også ulikhet i interesser skyldes andre forhold enn graden av liberalisering. Som eksempel kan nevnes at da Europakommisjonen kom med et forslag om at *grønn energi* bare kunne produseres på anlegg med en effekt på maks 10 MW utløste så vakte dette stor motstand fra norsk side mens EU-landene var opptatt av andre spørsmål. Forslaget innebar at de fleste norske vannkraftverk ikke ville kunne defineres som "bærekraftige" i . Både KS, norske statlige myndigheter og EFTA engasjerte seg i saken og den samlede innsatsen gjorde at direktivforslaget ble endret. I tillegg til innsatsen fra EFTA-siden hadde det utvilsomt også en god del å si for resultatet at betydningsfulle EU-land ikke hadde interesser i saken som sto i motsetning til de norske.

7.3.2 Kommunal sektors arbeid mot sentrale myndigheter

Kommuner og Kommunenes sentralforbund bringes inn i prosessen som høringsinstans når norske lover og forskrifter utformes. Dette er en viktig kanal for påvirkning av den endelige utformingen av regelverket, men det er, som vi har sett, for sent i forhold til påvirkning av utformingen av selve EØS-rettsakten.

Kommunene og Kommunenes sentralforbund opplever at samarbeidet med nasjonale myndigheter i tilknytning til arbeidet med EØS-regelverk kunne ha vært bedre. Kommunale virksomheter oppfatter det som mer effektivt å arbeide med påvirkning av EUs organer gjennom sine bransjeorganisasjoner enn gjennom norske departementer og direktorater. På den måten får de raskere informasjon og tilgang til å komme med synspunkter som kan spilles inn i beslutningsprosessen på et tidlig tidspunkt. Departementene venter ofte lenge med å informere kommunene, selv i tilfeller hvor nytt EØS-regelverk kan få store konsekvenser for kommunene. Behandlingen av det såkalte *Vanndirektivet*,¹⁰⁷ som fastsetter rammer for fellesskapstiltak innenfor vannpolitikken, oppleves som et eksempel på dette. Vanndirektivet er spesielt i den forstand at det skal implementeres over lang tid, men det ble tidlig klart at kommunene vil bli pålagt oppgaver i tilknytning til gjennomføringen av de krav direktivet setter opp, og at disse oppgavene vil medføre økte kostnader. Kommunikasjonen mellom Miljødepartementet og Kommunenes sentralforbund kom i stand først etter flere års utredninger.

God kontakt mellom kommunalt og statlig nivå er en forutsetning for å kunne spille inn kommunale hensyn på de ulike stadiene i prosessen med utforming og implementering av EØS-regelverk. Som en oppfølging av Bondevik II-regjeringens europapolitikk ble det opprettet et Europapolitisk lokal- og regionalforum, underlagt Kommunal- og regionaldepartementet. Dette har styrket og systematisert samarbeidet mellom lokale og regionale aktører og sentrale myndigheter på det regionalpolitiske området, men forumet ivaretar

¹⁰⁷ Europaparlaments- og Rådsdirektiv (2000/60/EF)

ikke hensynet til utviklingen på andre politikkområder som berører kommunene, slik som SGI og andre sektorpolitiske områder. Det er derfor et klart behov for en styrking av kommunal- og regionale myndigheters kommunikasjon med sektordepartementene når det gjelder EØS-relaterte saker. Dette gjelder først og fremst forholdet til Miljødepartementet, Nærings- og handelsdepartementet, Fornyings- og administrasjonsdepartementet og Olje- og energidepartementet, som har ansvar for henholdsvis miljø, forurensning, vann, avløp og avfall, næringsutvikling, konkurranseforhold og energi.

I dag er kontakten mellom disse departementene, kommunene og KS sporadisk og ad hoc. Representanter fra Oslo kommune og KS konsulteres fra sak til sak i forskriftsarbeid, utarbeidelse av veiledere etc, men det normale er at kommunene og KS først kommer inn som høringsinstanser når EØS-regelverk skal innlemmes i norsk rett. Verken kommunene eller KS er aktive når det gjelder å ta kontakt med sektormyndighetene i EØS-relaterte saker.

7.3.3 Forslag til forbedringer

En styrking av lokale og regionale aktørers EØS-arbeid vil være avhengig av god EØS-kompetanse og ikke minst politisk forankring av det EØS-relaterte arbeidet i kommunene. Mye av dagens kompetanseutvikling og informasjonsutveksling i EØS-spørsmål foregår i nettverk mellom kommunene og i samarbeid med KS og andre organisasjoner. Det vil være viktig for så vel kommunene som KS og de andre aktører å utvikle en mer helhetlig strategi for påvirkning av EUs politikk og regelverk gjennom å

- styrke oppbyggingen av kompetansen hos politikere, ledere og fagfolk i kommunene om hvordan EØS-avtalen påvirker kommunal sektor og hvordan informasjons- og påvirkningsarbeid overfor nasjonale og europeiske myndighetsorganer kan gjennomføres
- styrke breddekunnskapen om EØS-avtalen og dens virkninger i KS som organisasjon
- etablere en tettere dialog med sentralforvaltningen og da særlig med sektordepartementer som forvalter EØS-regelverk med stor betydning for kommunene
- å styrke bruk av tilgjengelige kanaler inn mot EUs besluttede organer gjennom bedre prioritering av hvilke relasjoner som bør styrkes, hvilke allianser som bør bygges og hvilke saksområder som bør følges over tid

Kontakten med fagdepartementene bør systematiseres ved at kommunal sektor deltar mer aktivt i tidlige høringer eller konsultasjonsfora som de sentrale myndighetene benytter i tilknytning til sitt EØS-arbeid. Det vil være viktig å innta en offensiv holdning og selv melde sin interesse overfor departementer og direktorater, dersom de ikke ber om uttalelser eller inviterer til møter. Ulike sektorer arbeider med å forbedre sine rutiner for tidlige høringer i tilknytning til EØS-regelverk, så her finnes det ulike arenaer å oppsøke. Det bør også etableres uformelle kontakter mellom fagansvarlige som arbeider med EØS-saker i departementene og deres underliggende virksomheter. Spesielt viktig vil det være å etablere en dialog med medarbeidere som deltar i arbeidsgrupper og

komiteer under Europakommisjonene og med gjennomføring av EØS-regelverk på nasjonalt nivå. Det er ofte de samme personene.

En offensiv strategi, både i forhold til statlige myndigheter og EUs organer forutsetter at man allerede har en viss kunnskap om hvilke prosesser som er på gang innenfor de ulike saksfeltene og politikkområdene innenfor EU. Slik informasjon kan innhentes på mange måter, for eksempel gjennom å følge med på EUs nettsider og nettsidene til ulike organisasjoner som engasjerer seg i EU/EØS- saker. Informasjon vil også i mange tilfeller kunne tilflytte kommuner og kommunale virksomheter gjennom interesse- og bransjeorganisasjoner de selv er med i. Visse basiskunnskaper om hvordan EU/EØS-systemet virker er imidlertid viktig for å kunne nyttiggjøre seg denne kunnskapen i påvirkningsøyemed. Kompetansebygging med sikte på å styrke påvirkningsmulighetene bør derfor legge vekt både på EU/EØS-organenes oppbygging, arbeidsformer og kommunikasjon med omverden.

Den direkte innsatsen for å skaffe seg informasjon fra, og eventuelt å forsøke å påvirke EUs organer kan, som vi har sett,¹⁰⁸ foregå gjennom ulike kanaler. Bare de største kommunene vil kunne ha kapasitet til å drive påvirkningsarbeid i forhold til EUs organer på egen hånd. Derfor blir arbeidet gjennom interesseorganisasjoner spesielt viktig. De mulighetene for påvirkning som ligger i medlemskap i norske bransjeorganisasjoner og deres europeiske paraplyorganisasjoner bør utnyttes optimalt. Det bør også kunne arbeides mer systematisk med påvirkningsarbeid gjennom de ulike regionenes brusselkontorer.

¹⁰⁸ jf. pkt. 4.1.5
Statskonsult 2006

8 Oppsummering

De undersøkelsene som er gjort i prosjektet viser at kommunenes handlingsrom i forhold til EØS-avtalen ligger i de generelle mulighetene for tilpasninger til nasjonale forhold som ligger innebygd i avtalen. God kunnskap om avtalens oppbygging og virkemåte er en forutsetning for å kunne benytte seg av det aktuelle handlingsrommet.

Kommunene berøres av EØS-avtalen på områder hvor det hersker en viss juridisk uforutsigbarhet og hvor rettsutviklingen og revisjon av regelverket bidrar til klargjøring. Klargjøringen innebærer imidlertid også en fare for innskrenking av det handlingsrommet som har eksistert i form av juridisk uklarhet.

Når det gjelder muligheten til å påvirke utfallet av enkeltsaker på områder som krever forhåndsgodkjenning av ESA er mulighetene svært begrenset, da ESA er bundet av å fatte sine vedtak i samsvar med gjeldende retningslinjer som samsvarer med Europakommisjonens. Det er imidlertid mulig å påvirke utviklingen av retningslinjene gjennom å delta i nasjonale konsultasjoner som overvåkningsorganene inviterer til.

Muligheten til å påvirke utviklingen av det EU-regelverket som innlemmes i nasjonal rett er svært begrenset for EFTA-landene innefor EØS. Den formelle adgangen som gis til påvirkning gjennom muligheten til å delta i ekspertgrupper og komiteer under Europakommisjonen benyttes i alt vesentlig av nasjonale myndigheter. Kommunene må kanalisere sine synspunkter gjennom disse organene eller gjennom interesseorganisasjoner. Kontakten med de nasjonale myndighetene blir fra kommunenes og interesseorganisasjonenes side oppfattet som for svak og ad hoc-preget. Interesseorganisasjonene anses som bedre kanaler både for påvirkning og informasjon. Styrket påvirkning kan oppnås gjennom en mer gjennomtenkt strategi for hvilke kanaler som bør brukes, hvilke nettverk som bør bygges og hvilke saker som skal følges over tid.

9 Intervjuer

Undersøkelsen av erfaringer i kommuner og renovasjonsselskaper bygger i stor grad på kvalitative intervjuer med informantene. Informantene ble valgt ut etter en første kontakt med kommunene, der målet var å få navn på aktuelle informanter som kunne si noe om hva EØS-regelverket betydde for den enkelte kommune. Utvalget av informanter ble derfor noe ulikt i de tre kommunene som inngår i studien. I tillegg har vi gjennomført intervjuer i to utvalgte selskaper innen renovasjonssektoren.

Det er viktig å understreke at utvalget av kommuner og selskaper ikke er representativt. Mindre kommuner er ikke dekket. Undersøkelsen gir oss derfor ikke grunnlag for å si noe generelt om hvordan kommunalt handlingsrom i forhold til EØS-avtalen oppleves. Vi kan imidlertid bruke eksemplene til å si noe om tendenser i de utvalgte kommunenes tilpasning til EØS-regelverket. Og siden kommunene representerer ulike politiske tradisjoner og har ulik geografisk lokalisering, kan observasjonene trolig også si noe om tendensene i resten av kommune-Norge.

BIR

Administrerende direktør Steinar Nævdal

IVAR

Administrerende direktør Leif Nesse

Stavanger kommune

Ordfører Leif Johan Sevland (H)

Rådmann Ole Hetland

Kommuneadvokat Tor Plahte

Leder Rudolf Meissner, Renovasjon

Kjersti Lothe Dahl og Jan Solland, Økonomi

Svein H. Høyvik og Leiv Molven, Vann og avløp

Tromsø kommune

Ordfører Herman Kristoffersen (AP)

Rådmann Stein Rudaa

Rådgiver rådmannsstabens Kjell Robert Pedersen

Kommuneadvokat Marianne Abeler

Innkjøpssjef Stig Norby

Leder Plan og næring Jan Einar Reiersen

Leder Vann og avløpsetaten Inger Lise Sverdrup

Leder Renovasjonen Bård Jørgensen

Oslo kommune

Utviklings- og kompetansetaten, avdeling innkjøp

Kristine Vigander/Inger Bjerke Koldrup

Konserninnkjøp: Dag Nordby

Eiendoms- og byfornyelsesetaten: Line Bjerkek

Kommuneadvokaten: Camilla Selman

Renovasjonsetaten: Direktør Pål A. Sommernes

KS

Yngvild Thue, KS advokatene

Aase Erdal, KS sitt Brusselkontor

10 Kilder

Bøker og artikler

Arnesen og Graver (2000): *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler. Makt- og demokratiutredningen. Rapportserien Nr.19.*

Baldersheim, Harald (2005): Norske kommunar i internasjonalt perspektiv. Vedlegg 2 til NOU 2005: 6: *Samspill og tillit.*

Christensen, Tom, Per Læg Reid, Paul G. Roness og Kjell Arne Røvik (2004): *Organisasjonsteori for offentlig sektor.* Oslo: Universitetsforlaget.

Craig og De Burca (1998): *EU LAW. Text, cases and materials.* Oxford University Press.

ECON (2006): *Konkurransesfalten mellom offentlig og privat renovasjon.* Rapport 2006 – 031.

Farsund, Arild Aurvåg (2006): *Kommuners erfaring med EØS-regelverk.* Stavanger: IRIS-Arbeidsnotat 2006/129.

From, Johan og Stava, Per (1995): *EØS og lokalforvaltningen: gjensidig påvirkning? Utfordringer, muligheter og kommunesektoren.* Oslo: Kommuneforlaget.

Hans Petter Graver (2004): *Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid.* Artikkel utarbeidet på oppdrag fra Kommunal-og regionaldepartementet

Hans Petter Graver (2004): *Konsesjoner og konkurranse.* Lov og rett nr 4/5 2004

Jan Ole Gudmundsen: *Statskonsult on improving performance in EU Committees: EEA EFTA participation in the shaping of EEA legislation.* EFTA Bulletin 1-2002

Hamre, Stemshaug (1999): ”EU- og EØS- relevante tekster”

Elisabeth Hyllseth (2002): *Lovlig skatt eller ulovlig statsstøtte?* ARENA Rapport Nr. 3/2003.

Jacobsen, Læg Reid og Pedersen: *Europavei., EU i de nordiske centralforvaltninger,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2001

Maria Martens (2001): *Europeisering gjennom overvåkning.* ARENA Rapport Nr. 2/2001.

Fredrik Sejersted m.fl. (1995): *EØS-rett.* Oslo: Universitetsforlaget.

Veggeland, Noralv (2005a): Det nye lokaldemokratiet: Internasjonale avtaler og europeisering. Vedlegg 9 til NOU 2005: 6: *Samspill og tillit.* Noralv Veggeland: *Europapolitikk, innerrikspolitik og kommunene.* Kommuneforlaget 2005

Østerud, Øyvind, Engelstad, Fredrik og Selle, Per (2003): *Makten og demokratiet: En sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen*. Oslo: Gyldendals Akademiske.

Aarsæther, Nils og Vabo, Signy Irene (2002): *Fristilt og velstyrt? Fokus på kommune-Norge*. Oslo: Det Norske Samlaget.

NOUer

NOU 2003:34 *Mellom stat og marked. Selvstendige organisasjonsformer i staten*.

NOU 2004:15 *Regionalstatsstøtte og EØS-reglene*

NOU 2005:6 *Samspill og tillit. Om staten og lokaldemokratiet*

NOU 2006: 7: *Det lokale folkestyret i endring? Om deltaking og engasjement i lokalpolitikken*. Utredning nr 2 fra Lokaldemokratikommisjonen.

Stortingsmeldinger

Utenriksdepartementet: St.meld. nr.27 (2001-2002) *Om EØS-samarbeidet 1994-2001*

Moderniseringsdepartementet: St.meld. nr 15 (2004-2005) *Om konkurransepolitikken*

Utenriksdepartementet: St.meld. nr 23 (2005-2006) *Om gjennomføring av europapolitikken*

Veiledere

Nærings- og handelsdepartementet 2000: *Offentlig støtte. EØS-regelverk for støtte til næringslivet*

Nærings- og handelsdepartementet 2002: *Veileder til forskrift om offentlige anskaffelser*.

Nærings- og handelsdepartementet 2004: *Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser*

Moderniseringsdepartementet 2005: *Brukervalg og konkurranseutsetting. Hvordan sikre best mulig tjenester for innbyggerne*.

Moderniseringsdepartementet 2005. *En veileder ved utskilling av virksomheter fra staten*

Statkonsult

Norsk deltakelse i EU-komiteer, Statskonsult. Rapport 1999:6

Norsk innflytelse gjennom EU-komiteer, Statskonsult. Rapport 2001:15

Monopoler for fall. Statskonsult. 2001

EØS-arbeidet i norsk forvaltning, Statskonsult. Rapport 2002:5

Statskonsult 2006

Samarbeidsregjeringens europapolitisk plattform. Tiltaksplan for styrking av EU/EØS-arbeidet i sentralforvaltningen. Utenriksdepartementet/Statskonsult 2003.

Samarbeidsregjeringens europapolitiske plattform: Vurdering av departementenes arbeid med oppfølgingen av plattformen, Statskonsult, 2004

Europeisering av regionalpolitikken? – Eksempler på utvikling i Norge- Statskonsult. Rapport 2005:8

Påvirkning uten politikk? Om EØS-avtalens betydning for endringer i norsk forvaltning. Statskonsult. Rapport 2005:2

Statskontoret

EUs påverkan på kommuner og landsting. Statskontoret 2005:12

EU/EØS-dokumenter

Communication on services of general interest (COM (1996)433)

European governance; A whit paper. European Commission, 2001

Greenpaper on services of general interest. European Commission 2003

Whitepaper on services of general interest European Commission 2004

Greenpaper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions. European Commission 2004

*Communication on social services of general interest (COM (2006) 177)
European Commission 2006-10-05*

Annet

Riksrevisjonens undersøkelse av forvaltningens arbeid med utformingen av EØS-relevant regelverk, Riksrevisjonens administrative rapport nr 2, 2005.

Kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Notat, KS advokatene, 2004

Brytningstider for vann-og avløpssektore? Om konsekvenser for kommunene av en eventuell liberalisering. SINTEF/KS rapport 2005

Referanseark for Statskonsult

Tittel på rapport:	EØS-avtalen og norsk kommunalt handlingsrom
Statskonsults rapportnummer:	2006:13
Forfatter(e):	Jan Ole Gudmundsen, Elisabeth Taraldsen Hyllseth og Sissel Vemundvik(Statskonsult), Arild Farsund (IRIS)
Evt. eksterne samarbeidspartnere:	International Research Institute of Stavanger (IRIS) og Advokatfirmaet Schjødt
Prosjektnummer:	131 228
Prosjektnavn:	EØS-avtalen og norsk kommunalt handlingsrom
Prosjektleder:	Sissel Vemundvik
Prosjektansvarlig avdeling:	Strategi
Oppdragsgiver(e):	KS – Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon
Resymé/omtale:	<p>EØS-avtalen setter grenser for nasjonal og kommunal politikk som strir mot prinsippene om fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital. Kommunesektoren berøres av avtalen både som myndighetsorgan og aktør i markedet. Valg av ulike former for konkurranseutsetting av kommunale tjenester gjør at EØS-avtalen kommer til anvendelse på stadig nye områder. EØS-landenes handlingsrom i forhold til avtalen er ivarettatt i avtalens oppbygning: Nytt regelverk kan påvirkes i forberedelsesfasen, innlemming av direktiver i landenes lovverk gir rom for tilpasninger og hensynet til de fire friheter kan fravikes på visse vilkår når hensikten er å ivareta vitale samfunnsinteresser. Kommunene berøres i det daglige først og fremst av reglene om offentlige anskaffelser. Regelverket oppleves som komplisert og krevende å etterleve. Når selvstendige selskaper dannes for å ivareta tjenesteproduksjon er det visse juridiske uklarheter rundt hvilke prosedyrer det er tillatt å bruke når selskapene skal tildeles kontrakter. Kommunene har ingen formell mulighet til direkte påvirkning av EØS-relevant politikk og regelverk. God kommunikasjon med nasjonale myndigheter og uformell påvirkning av EUs besluttede organer blir derfor viktig. KS vil utforme en mer offensiv kommunikasjons- og påvirkningsstrategi.</p>
Emneord:	EØS-avtalen, kommunalt handlingsrom, Tjenester av allmenn betydning, tjenesteproduksjon, konkurransereglene, offentlig støtte, offentlige anskaffelser, påvirkning, nasjonale myndigheter, EUs besluttede organer, påvirkningsstrategi.
Totalt antall sider til trykking (uten forside):	77
Dato for utgivelse:	10. oktober 2006

Utgiver:	Statskonsult as Postboks 8115 Dep 0032 OSLO www.Statskonsult.no
-----------------	---