

August Sukken Andersen

Enerett på behandling av husholdningsavfall i EØS.



UNIVERSITETET I BERGEN

«En oversikt over de rettslige rammene for kommunal avfallsbehandling, og analyse av om kommunenes tildeling av enerett er forenlig med EØS-avtalen»

29.06.20

INNHold

1	Innledning – avfall – dagens situasjon	4
2	Rettskildebruk og metode.....	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Forholdet mellom anskaffelsesregelverket og EU-retten	6
2.3	Forrangsregelen i EØS-lovens betydning for anskaffelsesregelverket.....	8
2.4	KOFA	10
3	Alternativer til enerett	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Egenregi (1-2).....	13
3.3	Utvidet egenregi (3).....	15
3.3.1	Generelt om utvidet egenregi (3).....	15
3.3.2	Aktivitetskravet ved utvidet egenregi (4)	16
3.3.3	Kontrollkravet ved utvidet egenregi (4)	18
4	Avfallsdefinisjoner	23
4.1	Definisjon av avfall	23
4.2	Overgangen fra «avfall» til ikke-avfall. Enerettens yttergrense.....	25
4.3	Avfallskategorier i Norge	28
5	Enerett – kommunenes behandling av husholdningsavfall (7).....	29
5.1	Innledning.....	29
5.2	Praksis –enerett på behandling av husholdningsavfall	32
5.3	Krav til organisasjonsform for enerettshaver (8).....	34
5.4	Begrepet «Tjenestekontrakt» i anskaffelses-forskriften § 2-3 (8)	41
5.5	Forurensningsloven § 30	42
5.6	Selvkost	42
6	Enerett på behandling av husholdnings-avfall i lys av konkurransereguleringen	43
6.1	Innledning (12).....	43
6.2	SGEI – Tjenester av «almen økonomisk betydning» (10)	45
6.2.1	Unntaket fra konkurransereguleringen i EØS-loven art. 59 (2) (10)	45
6.2.2	Tildeling av SGEI-tjenesten. Formkrav (10).....	56
6.2.3	SGEI-begrepet oppsummert	57
7	Enerett på behandling av husholdnings-avfall i lys av støtteregeuleringen	58
7.1	Innledning.....	58
7.2	Er enerettshaver unntatt støtteregeuleringen? (9).....	59
7.2.1	Vilkår for når eneretten er unntatt støtteregeuleringen (9)	59

7.2.2	Eneretten må ha grunnlag i lov (9).....	60
7.3	Hovedregelen i EØS-avtalen artikkel 61 (1) (13).....	67
7.3.1	Innledning.....	67
7.3.2	Art. 61 (1). Støtten må være gitt av statsmidler (13).....	70
7.3.3	Art. 61 (1). Mottaker må være et foretak (13).....	74
7.3.4	Art. 61 (1). Mottaker må begunstiges (13).....	77
7.3.5	Art. 61 (1). Støtten må være rettet mot konkrete foretak (selektivitet) (13).....	78
7.3.6	Art. 61 (1). Støtten må påvirke konkurransen (13).....	79
7.3.7	Art. 61 (1). Støttens grenseoverskridende egenskaper (13).....	81
7.4	Krysssubsidiering – Ulovlig statsstøtte (13).....	82
7.5	Støtte til SGEI-tjenester (11).....	84
7.5.1	Innledning.....	84
7.5.2	SGEI - <i>de minimis</i> reguleringen (11).....	84
7.5.3	Altmark-kriteriene (11).....	85
8	Oppsummering.....	90

Forord

Denne avhandlingen undersøker de rettslige rammene for kommunal håndtering av avfall fra norske husholdninger. Kommunene har en enerett på husholdningsavfall. Kort forklart er enerett det samme som monopol. Et foretak med enerett på husholdningsavfall har eksklusiv rett på avfallet innenfor et geografisk bestemt område, f.eks. innenfor kommunens grenser.

I starten av oppgaven gis det en kort innledning til emnet (kap.1), deretter behandles bruken av rettskilder (kap. 2) og alternativer til enerett på behandling av husholdningsavfall (kap. 3). Så følger en redegjørelse for avfallsbegrepet (kap. 4), før eneretten vurderes opp mot norske rettskilder (kap. 5). Mot midten av oppgaven rettes fokuset mot EØS-retten. Først blir konkurranseregelverket (kap. 6) behandlet, deretter støtteregeverket (kap. 7). Støtteregeverket blir viet størst oppmerksomhet. Grunnen til det er at støtte til enerettsbaserte tjenester reguleres strengt i EØS, og dessuten er regelverket både komplisert og uoversiktlig.

Oppgavens mål er å gi en oversiktlig fremstilling av regelverket som norske avfallsaktører må forholde seg til, samtidig som det foretas løpende drøftelser av rammevilkårene. Det vil underveis i oppgaven bli foretatt konkrete analyser av norsk avfallspraksis, med målsetting om å vurdere om dagens praksis er forenlig med gjeldende EØS-regelverk. Oppgavens sentrale problemstilling er om norske kommuner har adgang til å delegere enerett på behandling av husholdningsavfall.

Avhandlingen vil forhåpentligvis kunne fungere som en hjelp når aktører skal velge fremgangsmåte for behandling av husholdningsavfall.

Oppgaven hadde ikke blitt den samme uten hjelpen jeg mottok underveis i prosessen. Jeg ønsker derfor å rette en takk til: Veileder professor Tore Lunde ved UiB for gode råd og innspill, Tenden advokatfirma for skriveplass og innspill, Kommunenes Sentralforbund for masterstipend og innspill, Norsk Industri AS ved Gunnar Grini for innspill og advokatbistand, Norsk Gjenvinning AS ved konsernsjef Erik Osmundsen og konsernadvokat Ada Molne Kjøllesdal for innspill og omvisning på avfallsanlegget ved Haraldrud, Vesar AS for innspill og omvisning på avfallsanlegget i Sem, Malgorzata Agnieszka ved UiB for innspill, advokat Arne Torsten Andersen ved Kluge advokatfirma for innspill, advokat Einar Bratteng for innspill, advokat Hanne Torkelsen for innspill, og Ine Lovise Aarnes for støtte.

1 INNLEDNING – AVFALL – DAGENS SITUASJON

I 2018 ble det produsert 11 822 000 tonn¹ avfall i Norge. Av dette utgjorde husholdningsavfallet 2 241 000² tonn, dvs. i snitt 421 kg avfall per innbygger. Resten av avfallet stammet fra industri, bygge- og anleggsvirksomhet, tjenesteytende næringer og uspesifiserte næringer.³

I Norge skiller man mellom husholdningsavfall og næringsavfall. Bakgrunnen for denne delingen knytter seg til kommunenes lovpålagte ansvar for behandling av husholdningsavfallet. Avfall som ikke faller innunder kommunens ansvarsområde har fått sekkebetegnelsen næringsavfall. Både næringsavfall og husholdningsavfall deles opp i en rekke ulike avfallskategorier, som bl.a. EE-avfall, farlig avfall, plast, papir, medisinsk avfall og restavfall.⁴ Avfallsbegrepene blir behandlet i kapittel 4.

Norge er forpliktet til å implementere direktiver fastsatt av EU såfremt disse omfattes av EØS-avtalen. Direktiver om avfall er et eksempel på at EUs regler får betydning for norsk lovgivning. Etter inngåelsen av EØS-avtalen er det i flere runder innført nye og strengere regler på avfallsområdet. Endringene blir populært kalt «avfallspakken», og innebærer gjerne nye regler om avfall og emballasje. I EUs nyeste direktiv⁵ på området stilles det nye krav til gjenvinningsprosent, sporbarhet, ombruk m.m. Direktivet gir også bidrag til tolkningen av ulike begreper, deriblant «municipal waste» (husholdningsavfall).⁶ Et av kravene som stilles i direktivet omhandler gjenvinningsprosenten. Norske aktører må innen 2025 gjenvinne eller bruke om igjen 55% av avfallet.⁷ Til sammenligning viser tall fra SSB⁸ (2017) at gjenvinningsprosenten de siste årene har falt til under 40%. En av hovedårsakene til nedgangen i gjenvinningsprosent kan være mindre bruk av deponi og hyppigere bruk av forbrenning.

Bakgrunnen for innstrammingene i regelverket er EUs mål om en bærekraftig sirkulær økonomi. Sirkulær økonomi betyr at ressursene som går til produksjon av varer, skal gå inn i kretsløpet igjen når varens levetid er over. Ved å bruke ressurser om igjen istedenfor å utvinne

¹ <https://www.ssb.no/avfregno>

² <https://www.ssb.no/avfkomm>

³ <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/statistikker/avfregno>

⁴ <https://www.norskgjenvinning.no/tjenester/avfallstyper/>

⁵ «DIRECTIVE (EU) 2018/851 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 May 2018 amending Directive 2008/98/EC on waste». «Text with EEA relevance» – tekst med relevans for EØS.

⁶ Direktiv 2018/851, artikkel 1 avsnitt 3 (a) 2b (a) og (b).

⁷ Direktiv 2018/851, artikkel 10 om «recovery» avsnitt 12 (c) ii c.

⁸ <https://www.avfallnorge.no/bransjen/nyheter/norge-n%C3%A5r-neppe-eu-krav-om-resirkulering-1-1>

nye, reduseres miljøavtrykket. Samfunnets forbruksmønster i form av produksjon-bruk-kast er ikke bærekraftig, og derfor uforenelig med miljøutfordringene verden står overfor.

Konsekvensen av avfallspakken fra 2018 er at norsk avfallsindustri må endres. Avfall er ikke lenger et problem som må løses, men en ressurs som bør utnyttes. Utvikling og investering i ny sorteringsteknologi, og høyere grad av gjenbruk står sentralt i denne prosessen. Endringene krever imidlertid innovasjon og politikervilje for å bli realisert.

Denne oppgavens tema er regelverket om kommunenes ansvar for behandling av husholdningsavfallet. Reglene som pålegger kommunene et tvungent ansvar for avfallet, gir samtidig kommunene en enerett til å håndtere det samme avfallet. Ofte delegerer kommunene denne eneretten videre til interkommunale selskaper og aksjeselskaper, som de selv har eierinteresser i. Hvorvidt denne praksisen er forenlig med gjeldende EØS-regelverk, er den sentrale problemstillingen i denne avhandlingen. Oppgaven behandler ikke spørsmålet om kommunenes enerett som sådan er forenlig med EØS-forpliktelsene.

Regelverket er komplekst og til dels uoversiktlig. Det er derfor vedlagt et illustrasjonskart på side 99, som viser sammenhengen mellom oppgavens temaer og problemstillinger. Selv om illustrasjonen ikke fanger opp alle sider av regelverket, gjenspeiler den i grove trekk de rettslige problemstillinger som må besvares når en kommune skal velge fremgangsmåten for sin avfallshåndtering. I kartet er hvert tema markert med ett blått tall (1), og i avhandlingen gis det fortløpende henvisninger til kartet slik at leseren kan orientere seg. Dessuten er det gitt enkelte henvisninger i innholdsfortegnelse og i kapitteloverskrifter, for oversiktens skyld. For lettere å forstå sammenhengen i systemet, anbefales det å bruke kartet aktivt.

I oppgaven er det benyttet understrekning(er) i sitater fra en rekke kilder for å fremheve viktige begreper og formuleringer. Alle understrekninger er mine.

2 RETTSKILDEBRUK OG METODE

2.1 INNLEDNING

Avhandlingen tar for seg et bredt rettsområde. Før hovedtemaet for oppgaven behandles, er det derfor hensiktsmessig å forklare hvorfor de ulike rettskildetyperne har betydning for norsk avfallshåndtering.

For å få en helhetlig oversikt over rettskildebildet for utøvelsen av kommunale avfallstjenester, er det nødvendig å se på både nasjonale- og overnasjonale regelsett. Avfall er en ressurs som er underlagt de fire friheter i EØS-avtalen. Av den grunn er EU- og EØS-regelverket praktisk viktige rettskilder. Samtidig har vi et nasjonalt regelverk som får anvendelse på konkurranse- og støtterettslige spørsmål. Regelsettene kan i enkelte tilfeller være overlappende, i andre tilfeller utfyllende. Selv om det sjeldent oppstår kollisjon mellom regelsettene, er det likevel en mulig situasjon som det er viktig å være oppmerksom på.

I oppgaven gjengis uttalelser fra EU-domstolen og andre overnasjonale rettskilder på engelsk. EU-domstolens avgjørelser oversettes til medlemslandenes språk. Av den grunn er dansk et reelt alternativ når sitater skal gjengis fra EU-domstolens resonnementer. I oppgaven tolkes imidlertid EØS-lovens bestemmelser også på bakgrunn av EU-rettslig litteratur. Fordi disse kildene er utgitt på engelsk, anser jeg det som hensiktsmessig å bruke engelsk konsekvent i avhandlingen.

I det videre gjøres det derfor rede for EU-rettens forhold til norsk lovgivning. Deretter blir forrangsregelen i EØS-loven gjennomgått, før det til slutt gis en kort framstilling av KOFA.

2.2 FORHOLDET MELLOM ANSKAFFESESREGELVERKET OG EU-RETTE

I norsk rett er det lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) som regulerer anskaffelser gjort av det offentlige. Loven er pragmatisk utformet med generelle regler om formål og grunnleggende prinsipper, samt hjemmel for å gi forskrifter. Mer detaljerte regler om kontrakter inngått av det offentlige er inntatt i forskrift av 12. august 2016 om

offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), gitt med hjemmel i anskaffelsesloven §§ 2, 5, 7a, 9 og 16.

Anskaffelsesforskriften gjennomfører «directive 2014/24/eu of the european parliament and of the council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC».⁹ Som det fremgår av direktivets overskrift inneholder det «*Text with EEA relevance*»¹⁰ - tekst med relevans for EØS.

Anskaffelsesdirektivet er til dels basert på praksis fra EU-domstolen, og må tolkes i tråd med utviklingen som skjer i EU-retten. Ettersom anskaffelsesforskriften er basert på anskaffelsesdirektivet, med tilnærmet ordrette oversettelser, er det nærliggende å tolke forskriften ved hjelp av relevante rettsavgjørelser fra EU. Norske rettsanvendere må også ta høyde for senere utvikling i EU-domstolen om forståelsen av anskaffelsesforskriften. Selv om direkte bruk av rettskilder som ikke er inntatt i norsk lov i utgangspunktet strider med det dualistiske prinsipp (som krever en særskilt gjennomføringsakt for at konvensjonsregler kan anvendes direkte i norsk rett), vil presumsjonsprinsippet og hensynet til homogenitet ha stor tyngde i praksis. Presumsjonsprinsippet er et tolkningsverktøy som brukes for å forene norske rettskilder med traktatforpliktelser.

Vektlegging av EU-domstolens avgjørelser i norsk rett støttes av høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen i hans foredrag om «*Den internasjonale rettens innflytelse i Norge*».¹¹ I pkt. 8 uttaler Bårdsen: «*Norges Høyesterett forutsettes derfor å tolke EØS-retten i tråd med EFTA-domstolens og EU-domstolens praksis, slik at et EØS-rettslig spørsmål får den samme løsningen i Norge som det ville ha fått i Europa for øvrig. Dette betyr helt praktisk og konkret at ved løsningen av et rettsspørsmål som dekkes av EØS-avtalen, vil EU-domstolens og EFTA-domstolens tolkning være retningsgivende også for Norges Høyesterett.*»

Bårdsens oppfatning har god støtte i høyesteretts praksis. I HR-2016-2239-A avsnitt 31 uttales det:

⁹ Anskaffelsesdirektivet, engelsk versjon. Directive 2014/24/EU of the european parliament and of the council of 26 February 2014 on public procurement and repealing. Directive 2004/18/EC. Tekst med relevans for EØS.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=DA>

¹⁰ Anskaffelsesdirektivet. S. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=DA>

¹¹ Uttalelser fra høyesterettsdommer Arnfinn Bårdsen. Pkt 8.

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/apen-dag-hoyesterett---foredrag-ved-arnfinn.pdf>

«Varemerkeretten er omfattet av EØS-avtalen. Betydningen av dette er utfyllende beskrevet i Høyesteretts dom 22. september 2016 (HR-2016-1993-A) avsnitt 42 til 46. Jeg fremhever her særlig at varemerkeloven § 14 er utformet i samsvar med EUs tidligere og någjeldende varemerkedirektiv, og at loven dermed skal forstås i samsvar med EU-domstolens praksis knyttet til disse direktivene. Det innebærer at avgjørelser fra denne domstolen blir den sentrale rettskilden ved tolkning av varemerkeloven. Også domstolens avgjørelser i tilknytning til varemerkeforordningen må tillegges vekt. Forordningen er ikke en del av EØS-avtalen, men har materielle bestemmelser tilsvarende varemerkedirektivet.»

Også i forarbeidene til EØS-loven blir presumsjonsprinsippet løftet frem:¹²

«Det bør derfor være like viktig å unngå at norske lover og forskrifter anvendes i strid med traktatforpliktelser, som det er å unngå brudd på den uskrevne folkerett. Dette gjelder også i forhold til EØS-avtalen.»

Alternativene til å bruke avgjørelser fra EU-domstolen som tolkningsbidrag, er å se til rådgivende uttalelser fra ESA, eventuelt bruke relevante avgjørelser fra EFTA-domstolen. Dette kan være både tidkrevende og unødvendig, all den tid EFTA og ESA vil se til EU-domstolens praksis for å avgjøre saken. ESA og EFTA vil følge EU-domstolens avgjørelser, på samme måte som EU-domstolen i stor grad vil følge EFTA domstolen.¹³

2.3 FORRANGSREGELEN I EØS-LOVENS BETYDNING FOR ANSKAFFESESREGELVERKET

I lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde fra 27.11.1992 (heretter EØS-loven) inntas EØS-avtalen som norsk lov. I EØS-loven § 2 er det inntatt en lovbestemmelse om forrang i tilfelle strid med andre norske regler:

«Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende

¹² Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv. Side 3.

¹³ Om EFTAs påvirkning på EU-domstolen. <https://www.advokatbladet.no/efta-domstolen-eu-domstolen-nyheter/eos-homogenitet-gjennom-dialog---og-hva-med-lovgivning/114654>

gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.»

Bakgrunnen for bestemmelsen i EØS-loven § 2 var et ønske om å gi avtalen ønsket gjennomslag i EFTA-statene. I EU for øvrig kan det gjennom forordninger gis regler med direkte virkning for medlemslandene. Slik direkte virkning er ikke mulig i Norge på grunn av det dualistiske prinsipp. Det dualistiske prinsipp innebærer at det kun er Stortinget som kan gi bindende regler i Norge. Overnasjonale forpliktelser er i realiteten kun bindende for innbyggerne når de er inntatt som norsk lov. For å gi EØS-avtalens regler tilstrekkelig effekt i EFTA statene, ble det i avtalens protokoll 35 gitt uttrykk for nødvendigheten av en forrangsregel:

«For cases of possible conflicts between implemented EEA rules and other statutory provisions, the EFTA States undertake to introduce, if necessary, a statutory provision to the effect that EEA rules prevail in these cases.»

EØS-lovens § 2 et resultat av EØS-avtalens protokoll 35.

Bestemmelsen oppstiller et krav om at EØS-lovens bestemmelser går foran andre bestemmelser ved konflikt. «Andre bestemmelser» omfatter både forskrifter og lovbestemmelser. Videre heter det at en forskrift som oppfyller avtalen også skal gå foran andre forskrifter eller «senere lov». Teknisk sett kan en slik forrangsbestemmelse synes problematisk å harmonere med andre interne tolkningsprinsipper i norsk rett. Hos oss vektes regler mot hverandre ved hjelp av en rekke verktøy. Blant disse er tolkningsprinsippene Lex Superior, Lex Posterior og Lex Specialis. Kort forklart innebærer disse prinsippene at regler av høyere rang går foran regler av lavere rang, nyere regler går foran eldre regler, og spesialiserte regler går foran generelle. EØS-loven § 2 er en bestemmelse av lovs rang. Dersom Stortinget mot formodning senere vedtok en lovregel som var i direkte konflikt med en EØS-bestemmelse, vil loven være Lex Posterior og skal derfor gis forrang.

EØS-loven § 2 kan på denne bakgrunnen ses på som uttrykk for et tolkningsprinsipp. Forrang kan bare gis gjennom nasjonale bestemmelser. Hvis lovgiver vedtar en lov i konflikt med EØS-avtalen, uten at konflikten er bevisst, tyder det på at det har skjedd en glipp fra lovgivers side. Det er presumsjon for at lovgiver ikke vil gi regler i strid med EØS-avtalen. I et slikt tilfelle vil derfor rettsanvender strekke seg langt for å harmonisere bestemmelsene, typisk ved å tolke den nye lovbestemmelsen innskrenkende slik at EØS-lovens bestemmelse får gjennomslag. I folkeretten anvendes begrepet «presumsjonsprinsippet» i de tilfeller der norske regler

harmoniseres for å unngå motstrid. EØS-loven § 2 gir uttrykk for et prinsipp med tilsvarende kvaliteter.

Også i boken «EØS-rett»¹⁴ blir forrangsregelen i EØS-loven § 2 viet oppmerksomhet. Her gis det uttrykk for at forholdet mellom EØS-loven § 2 og senere norsk lovgivning kan være problematisk. Hvis ordlyden skulle tas på ordet, og således gis forrang, ville dette ved konfliktilfeller avskjære Stortinget fra å kunne gi nye lovregler. En slik forståelse er uholdbar. Derfor legges det til grunn at det må skje en EØS-konform tolkning, og at regelen må forstås som et tolkningsprinsipp. I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om hvor trofaste norske rettsanvendere bør være overfor EØS-regelverket. I boken sammenlignes prinsippet om EØS-konform tolkning med EU-konform tolkning:¹⁵

«Siden prinsippet om plikt til EØS-konform tolkning er så klart knyttet til hva nasjonale rettskildeprinsipper åpner for, blir spørsmålet om plikten til EØS-konform tolkning helt samsvarer med den EU-rettslige plikten til EU-konform tolkning i alle henseende av mindre interesse.»

Det gis uttrykk for at prinsippet om EØS-konform tolkning er så innarbeidet i nasjonale tolkningsprinsipper at det ikke har samme grunnlag som den EU-konforme tolkningen. Selv om ikke rekkevidden av den EØS-konforme tolkningen er fullstendig avklart, er det likevel rimelig å legge til grunn at norske rettsanvendere forventes å strekke seg langt for å oppnå harmoni mellom regelsettene.

2.4 KOFA

KOFA er en forkortelse for «Klagenemda for offentlige anskaffelser», som behandler klager mot det offentlige for opptreden i strid med anskaffelsesregelverket. KOFAs myndighet er regulert i forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser.¹⁶

¹⁴Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad. EØS-RETT 3.utg, Universitetsforlaget 2011.

¹⁵Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad. EØS-RETT 3.utg, Universitetsforlaget 2011. Side 208.

¹⁶ FOR-2002-11-15-1288, Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Hvis en aktør (som har tilstrekkelig klageinteresse) hevder at det offentlige har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan forholdet påklages til KOFA.¹⁷ Hvis KOFA kommer til at en direkte anskaffelse er ulovlig, kan den ilegge gebyr. Avgjørelsen er i slike tilfeller rettslig bindende. Klager som gjelder andre deler av anskaffelsesregelverket blir også behandlet, men i slike tilfeller er avgjørelsen kun rådgivende. KOFAs avgjørelser kan overprøves av domstolene.

Organet er underlagt Nærings- og Fiskeridepartementet som en uavhengig institusjon. KOFA kan ikke instrueres i enkeltsaker. Årlig behandles en rekke klager, og avgjørelsene blir publisert på KOFA sine hjemmesider. Avgjørelsene følger langt på vei samme format som en dom. Begrunnelsene er pedagogisk fremstilt med henvisninger til relevant EØS-rett, og gir andre rettsanvendere nyttige hjelp ved tolkningen av anskaffelsesregelverket.

I det hierarkiske systemet for domstoler ligger KOFA under tingretten. Organet er imidlertid spesialisert på å vurdere offentlige anskaffelser. Høyesteretts prøvingsintensitet overfor spesialiserte domstoler/vedtaksorganer har vært gjenstand for diskusjon. I Swingball¹⁸ ga Høyesterett uttrykk for en viss tilbakeholdenhet ved overprøving av Patentstyrets avgjørelse. Denne dommen har i ettertid blitt kritisert, og i Biomar-saken gikk Høyesterett i motsatt retning.¹⁹

«Det er således ugrunnet at domstolene skal være tilbakeholdne ved den rettslige prøvingen av Patentstyrets vedtak.»

Denne rettsutviklingen har også relevans for andre spesialiserte domstoler og avgjørelsesorganer. KOFA er satt sammen av jurister med særlig kunnskap på rettsområdet for offentlige anskaffelser. Samtidig vil det i en eventuell ankesak til tingretten og lagmannsretten, være sakkyndige til stede ved behov. Rettssikkerheten blir ivaretatt også utenfor KOFA, og Høyesterett vil overprøve saken fullt ut.

¹⁷ <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa> - Om KOFAs virksomhet.

¹⁸ Rt. 1975 s. 603 (s.606), Swingball.

¹⁹ Rt. 2008 s. 1555, Biomar, avsnitt 18.

3 ALTERNATIVER TIL ENERETT

3.1 INNLEDNING

En norsk kommune er et geografisk avgrenset område med et lovbegrenset selvstyre. Kommunen er et selvstendig rettssubjekt. Kommunens ledelse, kommunestyret, velges for fire år av gangen gjennom et demokratisk valg. Kommunestyret er sammensatt av representanter for de innvalgte partiene, og må samarbeide for å nå politiske mål. Utenom å drive politikk, må kommunestyret dessuten sørge for å gjennomføre lovpålagte oppgaver. Typiske lovpålagte oppgaver er skole-, helse- og velferdstjenester. Kommunens lovpålagte ansvar for innsamling av husholdningsavfall er regulert i forurensningsloven § 30 første ledd. Bestemmelsen tolkes dithen at kommunene samtidig er gitt en enerett til å håndtere det samme avfallet.

Oppgavens tema er eneretten. I korte trekk innebærer enerett at en aktør får monopol på å tilby en tjeneste innenfor et avgrenset geografisk område. Norsk Tippings eksklusive rett på spillmarkedet i Norge, er et typisk eksempel på en enerett. Enerettstildelingen vil føre med seg en rekke begrensninger for virksomhetenes handlingsrom. Begrunnelsen for disse begrensningene ligger i enerettens natur. En virksomhet som kan drive handel uten å måtte forholde seg til konkurrenter, kan potensielt misbruke sin posisjon. For å forhindre misbruk av en slik unik markedsposisjon som eneretten gir, har vi i nasjonal lovgivning og EØS-avtalen et komplekst regelsett – og som tradisjonelt behandles som en del av konkurranseretten. Reglene gjelder også virksomhet som drives av det offentlige.

Når kommunen skal få utført en oppgave som er tillagt kommunen som en enerett, kan den velge mellom ulike fremgangsmåter. Følgende alternativer er aktuelle: egenregi (1), utvidet egenregi (3), konkurranseutsettelse (5) eller tildeling av enerett (7). Egenregi vil si at kommunen bruker egne ressurser (ansatte) til å utføre oppgaven. Utvidet egenregi er kort forklart at oppgaven utføres av et annet rettssubjekt, som kommunen har bestemmende kontroll over. Konkurranseutsettelse innebærer at oppgaven legges ut i markedet som et tilbud om oppdrag, og hvor aktuelle utførere konkurrerer om tilbudet på markedsmessige vilkår. Det siste alternativet er at kommunen tildeler/delegerer en enerett til andre. Kommunens tildeling av enerett er avhandlingens sentrale problemstilling i forhold til norske kommuners EØS-forpliktelser.

Selv om det er eneretten som er gjenstand for drøftelse i denne oppgaven, anser jeg at det er hensiktsmessig å kort gjøre rede for alternativene egenregi og utvidet egenregi. Egenregi og utvidet egenregi er i praksis viktige begreper og reelle alternativer til å tilby en enerett. Dersom muligheten til å tilby enerett på behandling av husholdningsavfall skulle bortfalle, samtidig som ønsket om direkte kontroll med tjenesten består, er egenregi eller utvidet egenregi nærliggende alternativer. I oppgaven behandles derfor i korte trekk hvilke regler som gjelder for egenregi og utvidet egenregi.

Når kommunen inngår avtale med andre om utføring av oppgaver på vegne av kommunen, må det såkalte anskaffelsesregelverket overholdes. Regelverket gjelder uansett om kommunen har enerett eller ønsker å drive økonomisk virksomhet på linje med kommersielle aktører. Et eksempel på dette kan være behandling av konkurranseutsatt avfall (næringsavfall). For å sikre en effektiv gjennomføring av oppgavene, samtidig som lover og regler skal overholdes, må kommunene velge den fremgangsmåten som best passer til formålet.

Først vil det gis en kort fremstilling av begrepet egenregi. Deretter gjøres det en mer grundig redegjørelse av utvidet egenregi, der kravene til aktivitet og kontroll behandles.

3.2 EGENREGI (1-2)

Regelverket om offentlige anskaffelser får ikke anvendelse der en kommune velger å utføre en oppgave i egenregi. Det er en viktig konsekvens, da anskaffelsesregelverket stiller strenge krav til fremgangsmåten ved gjennomføring av kjøp og salg.

Egenregi er langt på vei et selvforklarende begrep. De oppgavene kommunen velger å utføre selv ved å ta i bruk egne ressurser, omfattes av begrepet.²⁰ For eksempel vil ansatte i kommunen, som løser en oppgave for kommunen, utøve en tjeneste i egenregi. Likevel kan det oppstå grensetilfeller som ikke er like opplagte.

Kommuner har ofte ulike etater som har ansvar for hvert sitt arbeidsområde. Kommunen kan ha en renovasjonsetat og en utdanningsetat. Det er likevel egenregi der slike tjenester utføres på tvers av etater. Renovasjonsetatens søppelbil samler for eksempel inn avfall fra ungdomsskolen.

²⁰ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/sec6> - Om egenregi.

Kommunens utføring i egenregi faller utenfor anskaffelsesforskriftens område. Anvendelsesområdet er positivt angitt i forskriften, og i § 1-1 fremgår at: «*forskriften gjelder når oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva.*». «*Oppdragsgivere som nevnt i § 1-2*» viser til offentligrettslige organer, statlige myndigheter, kommuner m.m. Når det gjelder anskaffelser i forbindelse med behandling av husholdningsavfall, kommer ikke vilkåret om «plan- og designkonkurranser» til anvendelse. Det avgjørende vilkåret for om en anskaffelse faller innunder anskaffelsesforskriften jf. § 1-1 er dermed om det foreligger en «kontrakt» i offentligrettslig forstand.

Kontraktsbegrepet er definert i anskaffelsesforskriften § 4-1 a; «*gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører*». Forskriften gir her uttrykk for et vidt kontraktsbegrep. «Gjensidig bebyrdende avtale» vil fange opp de fleste kontrakter som angår kjøp og salg, og på den måten stenge for omgåelse av regelverket. Forskriften legger til grunn at «kontrakt» må oppfylle krav til skriftlighet.

I EU-retten har kontraktsbegrepet blitt tolket formålsrettet.²¹ Dette fremgår blant annet i La Scala:²²

«Since the existence of a 'public works contract' is a condition for application of the Directive, [Article 1\(a\)](#)(direktivets kontraktsbegrep) must be interpreted in such a way as to ensure that the Directive is given full effect.»

Dommen gir uttrykk for at kontraktsbegrepet i direktivet må tolkes slik at direktivets øvrige bestemmelser får tiltenkt effekt. For anskaffelsesforskriften vil det samme argumentet være relevant. Forsøk på omgåelse av kontraktsbegrepet for å unngå forskriftens anvendelsesområde, skal ikke være kurant.

²¹ Anders Thue og Mona Søyland, Rettsdata.no, note 51 i anskaffelsesforskriften.

²² EU-domstolens avgjørelse 12. juli 2001, C-399/98 (La Scala), avsnitt 52.

3.3 UTVIDET EGENREGI (3)

3.3.1 Generelt om utvidet egenregi (3)

Utvidet egenregi er en avledet form for egenregi der tjenesten blir utført av et annet selvstendig rettssubjekt enn kommunen selv. Tildeling av oppgaver fra et offentlig organ til et annet rettssubjekt, vil som hovedregel lede til at lov om offentlige anskaffelser og anskaffelsesforskriften får anvendelse. Utvidet egenregi er et unntak fra denne hovedregelen. Utvidet egenregi er i mange tilfeller et reelt alternativ til enerett og det er derfor hensiktsmessig å gi en kort framstilling av hvilke vilkår som må oppfylles.

Offentlige organer som tilbyr en tjeneste ved utvidet egenregi har typisk ikke ressurser til å utføre en tjeneste i alminnelig egenregi. Samtidig kan det være vanskelig å konkurranseutsette tjenesten, da det vil pålegge kommunen et krav om kvalitetskontroll. For å bevare en viss kontroll, og samtidig holde ressursbruken på et forsvarlig nivå, kan kommunen i stedet slå seg sammen med andre kommuner for å drifte tjenesten. I praksis skjer dette ved å opprette et interkommunalt selskap eller aksjeselskap. Slike selskaper er fortsatt under kommunenes kontroll, og kan anses som en form for egenregi. En kommune kan også alene opprette et selskap med formål om å utføre oppgaver for denne kommunen. Utvidet egenregi er imidlertid underlagt streng regulering, og må oppfylle en rekke vilkår for å være lovlig. Disse vilkårene er inntatt i anskaffelsesforskriften.

I anskaffelsesforskriften kapittel 13 om «*valg av anskaffelsesprosedyre*» er det inntatt bestemmelser om lovlige metoder for kjøp av varer og tjenester. Et sentralt eksempel på metode er gitt i anskaffelsesforskriften § 13-1 (1): «*oppdragsgiveren kan alltid bruke åpen anbudskonkurranse eller begrenset anbudskonkurranse.*» Kommuner og andre offentlige organer som inngår kontrakter med selvstendige rettssubjekter, må derfor som utgangspunkt sette kjøpet ut på anbud, eventuelt velge ett av de andre alternativene i anskaffelsesforskriften § 13-1. Dette gjelder uavhengig av om oppdragstakerne er andre offentlige organer eller kommersielle aktører.

I anskaffelsesforskriften § 3-1 gis det et unntak: «*anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiveren inngår kontrakter med et annet rettssubjekt ... som oppdragsgiveren utøver en kontroll over ...*».

En slik regel om adgang til utvidet egenregi har gode grunner for seg. I noen tilfeller har ikke kommunen alene ressurser eller kapasitet til å tilby innbyggerne tjenester de har krav på. I mindre kommuner vil det ofte være en utfordring å drifte enkelte tjenester forsvarlig. Ved for eksempel å gå sammen med andre kommuner og opprette selvstendige virksomheter, kan tjenester driftes på en fornuftig og effektiv måte.

Skal kommunen utføre virksomhet ved utvidet egenregi, stilles det krav til aktivitet og kontroll med denne. Nedenfor blir kravene om aktivitet og kontroll ved utvidet egenregi behandlet.

3.3.2 Aktivitetskravet ved utvidet egenregi (4)

Aktivitetskravet ved utvidet egenregi er utviklet i EU-domstolen og kodifisert i anskaffelsesforskriften §§ 3-1 (1) b og 3-2 (1) b. Anskaffelsesforskriften § 3-1 omhandler utvidet egenregi der et offentlig organ (f.eks. kommune) har kontroll med det selvstendige rettssubjektet (avfallsvirksomheten). Anskaffelsesforskriften § 3-2 omhandler tilfellet der flere offentlige organer samlet utøver kontrollen - typisk der flere kommuner går sammen om å opprette et avfallsselskap som alle har innflytelse over. Aktivitetsvilkåret har i det vesentlige samme innhold uavhengig av hvilken bestemmelse man befinner seg i, og blir behandlet samlet her.

For både anskaffelsesforskriften §§ 3-1 og 3-2 er aktivitetsvilkåret knyttet til at virksomheten må utføre minst «80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne». Avfallsforetaket må følgelig utføre minst «80 prosent av sin aktivitet» for kommunen(e). For å beregne aktiviteten er det inntatt en hjelpebestemmelse i forskriftens § 3-4. Det gis ikke en redegjørelse for beregningsregelen i denne oppgaven.

Formålet med en slik aktivitetsbestemmelse er å påse at utvidet egenregi ikke gjør innhugg i det frie marked ved å vri konkurransen. Dette fremgår blant annet i KOFA-sak om Sykehuset Innlandet.²³ I EU-domstolens sak Carbotermo fremgår det at aktivitetsvilkåret markerer et tak for utøvelse på det åpne marked, slik at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse der.²⁴

²³ Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 11. april 2011, sak 2010/338, Sykehuset Innlandet HF, avsnitt 45.

²⁴ EU-domstolens avgjørelse 11. mai 2006, C-340/04 (Carbotermo), avsnitt 60.

«one or more authorities is active in the market and therefore likely to be in competition with other undertakings.»

Utvidet egenregi er et alternativ til alminnelig egenregi. Grunntankene fra den alminnelige egenregi må fortsatt være til stede - tjenester utført innenfor egen virksomhet, til eget bruk, omfattes ikke av konkurranseregler fordi de ikke påvirker markedet. Når oppdragstaker i enkelte tilfeller har behov for å utføre tjenester for tredjemenn, vil det kunne innebære at oppdragstakeren beveger seg over i det åpne marked. For eksempel vil et forbrenningsanlegg for avfall typisk ha større kapasitet enn det er behov for ved oppstart. Oppdragsgiverne, typisk kommunene, kan derfor ikke fylle anleggets kapasitet. Det kan være ulike grunner til at behov og kapasitet ikke sammenfaller, men en nærliggende grunn vil ofte være at anlegg bygges for å kunne ta imot større avfallsmengder i fremtiden. For å drifte anlegget på en fornuftig måte, er det nødvendig å fylle den resterende kapasiteten. Dette gjøres ved å hente inn avfall fra det åpne marked. Et forbrenningsanlegg kan i et slikt tilfelle utnytte restkapasitet i samarbeid med aktører fra det åpne marked, så lenge ikke denne aktiviteten overstiger 20% av totalen.

Et annet spørsmål som oppstår i denne sammenheng er hvorvidt aktivitetsvilkåret er oppfylt der det ikke er oppdragsgiver selv som betaler for tjenesten, men den som tjenesten retter seg mot. For eksempel betaler husholdningene (innbyggerne) for innsamling av husholdningsavfall gjennom renovasjonsgebyr til kommunen. Dersom aktivitetsvilkåret tolkes strengt, kan det tilsi at kostnadsdekning gjennom gebyr faller utenfor «aktivitet for oppdragsgiveren» jf. Anskaffelsesforskriften § 3-1b. I Carbotermo ble det imidlertid tatt stilling til dette problemet:²⁵

«The activities of a successful undertaking which must be taken into account are all those activities which that undertaking carries out as part of a contract awarded by the contracting authority, regardless of who the beneficiary is: the contracting authority itself or the user of the services.

It is also irrelevant who pays the undertaking in question, whether it be the controlling authority or third-party users of the services provided under concessions or other legal relationships established by that authority. The issue of in which territory those services are provided is also irrelevant.»

²⁵ EU-domstolens avgjørelse 11. mai 2006, sak C-340/04 (Carbotermo), avsnitt 66-67.

Dommen gir uttrykk for at det ikke spiller noen rolle om tjenesten retter seg mot organet selv eller en brukergruppe. Det er heller ikke relevant om brukeren betaler for tjenesten eller om tjenesten er finansiert direkte av det offentlige organet.

Kravet om at 80 prosent av aktiviteten i avfallsvirksomheten må utføres for kommunen(e) gjelder kun ved utvidet egenregi. Det finnes ingen tilsvarende regel for de tilfeller der virksomheten driver på bakgrunn av enerett.

3.3.3 Kontrollkravet ved utvidet egenregi (4)

Kontrollvilkåret kommer til uttrykk både i anskaffelsesforskriften §§ 3-1 (1) a og 3-2 (1) a. § 3-1 regulerer selvstendig kontroll, mens § 3-2 omfatter felles kontroll. I motsetning til aktivitetsvilkåret er ikke kontrollvilkåret sammenfallende i bestemmelsene.

3.3.3.1 *Selvstendig kontroll (4)*

I anskaffelsesforskriften § 3-1 (1) a som regulerer selvstendig kontroll fremgår det: *«Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiveren inngår kontrakter med et annet rettssubjekt som oppdragsgiveren utøver en kontroll over som svarer til den kontrollen han utøver over sin egen virksomhet».* Oppdragsgiver må følgelig utøve en kontroll over det selvstendige rettssubjektet tilsvarende kontrollen han ellers har over egen virksomhet.

Hva som ligger i dette kravet utdypes i bestemmelsens (2): *«Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiveren utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer på samme måte.»* Kontrollkravet som fremgår av denne ordlyden er direkte oversatt fra direktivet og utviklet i EU-domstolen.

Dersom kommunen eier den oppdragstakende avfallsvirksomheten, kan det ved første øyekast se ut til at det foreligger *«bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet.»* Likevel kan det ikke legges til grunn en slik

automatikk. Her må det foretas en helhetsvurdering der alle relevante forhold tas i betraktning. Dette fremkommer blant annet i Parking Brixen avsnitt 64 og 65:²⁶

«It is appropriate to examine, first, whether the concession-granting public authority exercises a control over the concessionaire which is similar to that which it exercises over its own departments.

That assessment must take account of all the legislative provisions and relevant circumstances.»

Samtidig som fullstendig eierskap ikke automatisk fører til at kontrollkravet er oppfylt, vil det som regel være en indikasjon på at kommunen innehar en kontroll over det selvstendige rettssubjektet som tilsvarer den han har over egen virksomhet. Fra Carbotermo:²⁷

«The fact that the contracting authority holds, alone or together with other public authorities, all of the share capital in a successful tenderer tends to indicate, without being decisive, that that contracting authority exercises over that company a control similar to that which it exercises over its own departments, as contemplated in paragraph 50 of Teckal.»

Valget av organisasjonsmodell kan også være av betydning i vurderingen av om kommunen kan sies å ha tilstrekkelig kontroll over avfallsforetaket. En avfallsvirksomhet som har valgt et styringssett som ligger nært forvaltningens, vil ofte være begrenset til å forfølge samme interesser som kommunen. Dette argumentet ble trukket fram i Coditel Brabant:²⁸

«In this regard, it should be pointed out that Brutélé does not take the form of a société par actions, or a société anonyme, either of which is capable of pursuing objectives independently of its shareholders, but of an inter-municipal cooperative society governed by the Law on inter-municipal cooperatives.»

Som det fremgår av dommen vil det være av betydning for kontrollkravet hvorvidt virksomheten er organisert som et fritt selskap eller bundet av et handlingsbegrensende regelverk. Typisk eksempel på slik handlingsbegrensning finner man for firmaer som er regulert av lov 29. 01. 1999 om interkommunale selskaper (heretter IKS-loven).

²⁶ EU-domstolens avgjørelse 13. oktober 2005, sak C-458/03 (Parking Brixen), avsnitt 64 og første setning avsnitt 65.

²⁷ EU-domstolens avgjørelse 11. Mai 2006, C-340/04 (Carbotermo), avsnitt 37.

²⁸ EU-domstolens avgjørelse 13. November 2008 C-324/07 (Coditel Brabant), avsnitt 37 første setning.

Der oppdragstakende avfallsvirksomhet er et aksjeselskap, vil det imidlertid være andelen av aksjer eid av kommunen, samt antallet representanter i generalforsamlingen som er bestemmende for den faktiske kontrollen. Etter lov 13. juni 1997 om aksjeselskaper (heretter aksjeloven) §§ 5-17 (1) jf. 5-1 kreves det flertall i generalforsamlingen for å treffe beslutning i et aksjeselskap. Den daglige forvaltningen av aksjeselskapet er imidlertid styrets ansvar, jf. aksjeloven § 6-12 (1). Med flertall i generalforsamlingen har likevel kommunen fortsatt mulighet til å instruere styret i konkrete saker.

Dersom andelen av eide aksjer nærmer seg 100%, vil kommunen tilsynelatende ha sikret seg kontroll over virksomheten. Det kreves imidlertid gjennomslag i generalforsamlingen. Dette betyr i praksis at kommunen må stille med egne representanter og ikke la andre aktører ta på seg denne oppgaven på dens vegne. Dersom kommunen eier alle aksjene i selskapet og fyller samtlige seter i generalforsamlingen, er det mye som tilsier at kontrollkravet er oppfylt – selv om det ligger i aksjeselskapets natur å forfølge egne økonomiske interesser.

Ved siden av vurderingen om oppdragstakende avfallsvirksomhet har adgang til å forfølge egne interesser, må det foretas en analyse av virksomhetens markedsorientering. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser ved vurdering av kontrollkravet lagt vekt på graden av samhandel med markedet for øvrig. Tanken har vært at oppdragstaker langt på vei burde drive sin virksomhet i tråd med samme overordnede mål som oppdragsgiver. Dersom avfallsvirksomhetens praksis og retningslinjer avviker fra kommunens interesser, kan det peke i retning av at kommunen ikke har tilstrekkelig kontroll. I EU-domstolens sak Coditel Brabant fremgår det at:²⁹

«It seems to be apparent from that Law, (Her vises det til «Law on inter-municipal cooperatives» som nevnes I avsnitt 37) which is supplemented by Brutélé's statutes, that Brutélé's object under its statutes is the pursuit of the municipal interest – that being the raison d'être for its creation – and that it does not pursue any interest which is distinct from that of the public authorities affiliated to it.»

For å kunne konkludere med graden av markedsorientering må domstolen foreta en helhetsvurdering med bakgrunn i all relevant informasjon som foreligger. I Coditel Brabant ble virksomhetens vedtekter tillagt en ikke ubetydelig tyngde for å fastslå hvilke retningslinjer og mål oppdragstaker fulgte. Vedtektene bidro til å sikre at virksomheten realiserte oppdragsgivers interesser, noe som talte for at kontrollkravet var oppfylt.

²⁹ EU-domstolens avgjørelse 13. November 2008, C-324/07 (Coditel Brabant), avsnitt 38 med henvisninger til avsnitt 37.

3.3.3.2 Felles kontroll (4)

Anskaffelsesforskriften § 3-2 om felles kontroll har likhetstrekk med § 3-1. Likevel finnes det visse modifikasjoner som følge av at forskriftens § 3-2 omhandler tilfellet der flere oppdragsgivere sammen utøver kontrollen. Denne bestemmelsen er spesielt relevant for avfallsbransjen. Kommunene har, som vist, en plikt etter forurensningsloven til å ta hånd om husholdningsavfall. En utfordring i Norge er at landet er inndelt i mange kommuner, med stor variasjon i innbyggertall. Behandling av husholdningsavfall i egenregi er for mange derfor verken økonomisk forsvarlig eller ønskelig. Alternativene til å drive i egenregi er å sette behandlingen av avfallet ut på konkurranseutsatt tilbud eller slå seg sammen med andre kommuner for å drifte tjenesten i fellesskap (utvidet egenregi etter forskriftens § 3-2.). Ofte blir det siste alternativet brukt, og en del av forklaringen henger sammen med avfallsbehandlingens natur. Husholdningsavfallet er til dels «ferskvare» og må innsamles og behandles kontinuerlig. Ansvar for å sørge for dette hviler på kommunen, uavhengig av hvem som i praksis drifter tjenesten. For å sikre atplikten blir oppfylt, ønsker kommunene å ha en tilfredsstillende kontroll med driften. Veirenos kollaps i Oslo er et eksempel på at manglende kontroll kan føre til problemer for kommunen. Oslo kommune hadde satt innsamling av avfall ut på tilbud. Veireno vant anbudsrunderen, men fikk senere problemer med Arbeidstilsynet og havnet i en vanskelig økonomisk situasjon. Oslo kommune måtte avbryte kontrakten og ta over driften nærmest over natten, for å forhindre søppelkaos. Saken endte med at Veirenosjef Jonny Enger ble dømt til 120 dager ubetinget fengsel.³⁰

Ønsket om kontroll er imidlertid ikke den eneste grunnen til at kommunen ofte ønsker å drive innsamling og behandling. Avfall er også en ressurs som potensielt kan gi store økonomiske gevinster. I det videre vil det gjøres kort rede for bestemmelsen i anskaffelsesforskriftens § 3-2 om felles kontroll.

I § 3-2 (1) a heter det at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse når oppdragsgiver inngår kontrakt med et rettssubjekt «*som oppdragsgiveren og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sin egen virksomhet*». «*Oppdragsgiverne i fellesskap*» peker i retning av at det må foreligge en viss grad av samarbeid kommunene seg imellom. Det oppstilles videre tre vilkår i bestemmelsens §§ 3-2 (2) a-c for at «felles kontroll» skal anses oppfylt.

³⁰ <https://www.aftenposten.no/osloby/i/opQnJ7/veireno-sjefen-doemt-til-120-dagers-fengsel-av-hoeyesterett>

Etter forskriftens § 3-2 (2) a heter det at «*kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når ... det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne*». Her er ordlyden direkte oversatt fra direktivets artikkel 12. nr. 3. EU-domstolen har tolket bestemmelsen dithen at flere oppdragsgivere kan være representert av samme representant. Denne forståelsen kommer til uttrykk i domstolens sak Coditel Brabant:³¹

«It must therefore be recognised that, where a number of public authorities own a concessionaire to which they entrust the performance of one of their public service tasks, the control which those public authorities exercise over that entity may be exercised jointly.»

I dommen ble ikke krav til individuell representasjon vurdert direkte, men utdraget sett i sammenheng med dommen for øvrig gir uttrykk for at individuell representasjon ikke er et absolutt vilkår for å anse kontrollkravet oppfylt.

I anskaffelsesforskriften § 3-2 (2) b finner man neste vilkår om felles kontroll. Her sier forskriften: «*De kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet*». Også her, som i bestemmelsens § 3-2 (1) a, gis det uttrykk for et krav om samarbeid mellom oppdragsgiverne i ordlyden: «*oppdragsgiverne i fellesskap utøver*». Det må foreligge en reell innflytelse for hver kommune i samarbeidet med de øvrige aktørene. Dette kan illustreres med et eksempel. I aksjeselskaper vil eierandel være av stor betydning for graden av påvirkning på selskapets avgjørelser. Dersom en kommune alene eier over 50 % av aksjene, vil den som hovedregel i realiteten ha styrende makt. De øvrige aksjonærene vil ikke kunne utøve «bestemmende innflytelse» i fellesskap, fordi de aldri vil kunne samle et nødvendig flertall for å gjennomføre sine ideer. I slike tilfeller vil det derfor være nødvendig med særlige bestemmelser i selskapet som gir minoritetseierne større makt enn det eierandelen isolert skulle tilsi. Et eksempel på særlig bestemmelse kan være en vetorett i visse typer saker.³²

Til slutt oppstiller anskaffelsesforskriften § 3-2 (2) c krav om at «*det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser.*» Denne ordlyden kodifiserer kravet om begrenset markedsorientering. Altså må den kontrollerte

³¹ EU-domstolens avgjørelse 13. November 2008 C-324/07 (Coditel Brabant), avsnitt 50.

³² Anders Thue og Mona Søyland, 23. november 2018. Norsk lovkommentar til anskaffelsesforskriften, Rettsdata.no. Note 43.

avfallsvirksomheten forfølge samme interesser som kommunen. Vurderingen blir den samme som i drøftelsen av markedsorientering i slutten av kap. 3.3.3.1 overfor.

4 AVFALLSDEFINISJONER

4.1 DEFINISJON AV AVFALL

For å kunne drøfte de ulike rettslige sidene av enerett på behandling av husholdningsavfall er det nødvendig å gå nærmere inn på definisjonen av avfall. I norsk rett opereres det med to hovedgrupper for avfall basert på kilde: «husholdningsavfall» og «næringsavfall». I tillegg brukes også begrepet «spesialavfall», som ikke er basert på kilde. Alle gruppene omfattes av de samme generelle reglene for når avfall oppstår, og når avfall opphører å være avfall. Disse grensene er regulert i både norsk rett og EU-retten. Da eneretten knytter seg til husholdningsavfallet som en egen avfallskategori, vil den generelle avfallsdefinisjonen også samtidig markere de ytre grenser for eneretten. For å sikre at norske aktører praktiserer avfallsdefinisjonen i harmoni med EU-retten, må norske rettsanvendere være oppdatert på EU-domstolens avgjørelser på dette området.

I norsk rett er det forurensningsloven § 27 første ledd som definerer avfall. I bestemmelsen heter det at:

«Med avfall menes løseobjekter eller stoffer som noen har kassert, har til hensikt å kassere eller er forpliktet til å kassere.»

Bestemmelsen legger opp til at løseobjektet enten er eller ment å bli «kassert». At en ting er «kassert» innebærer at den er fjernet i den hensikt å bli destruert, og at den ikke lenger har noen bruksverdi for eieren. I forarbeidene til endringer i forurensningsloven heter det at avfallsdefinisjonen i norsk rett i tråd med presumsjonsprinsippet skal tolkes i samsvar med rammedirektivene for avfall (direktiv 2008/98/EC og de forutgående direktiver 2006/12/EF og

75/442/EØF).³³ I den forbindelse viser forarbeidene til rammedirektivets avfallsdefinisjon i artikkel 3:³⁴

«‘waste’ means any substance or object which the holder discards or intends or is required to discard.»

Definisjonen gir inntrykk av at enhver løseøregjenstand som innehaveren har kastet eller er pliktig å kaste, oppfyller kravet til «avfall». Bestemmelsen kan ikke tas helt på ordet. Ordlyden er knapp og gir liten selvstendig veiledning for hvordan avfall nærmere skal avgrenses. I forarbeidene til endringer i forurensningsloven (2015-2016) sammenfattes noen av de mest sentrale uttalelsene fra EU-domstolen om forståelsen av hva som anses som «avfall».³⁵ I det videre blir disse momentene gjennomgått.

For det første har domstolen slått fast at det ikke er avgjørende hva slags subjektiv forståelse innehaveren har om «avfall». For eksempel vil en kassert løseøregjenstand ikke nødvendigvis være avfall, selv om den tidligere innehaveren hevder det motsatte. Det avgjørende er om tingen ut fra en helhetsvurdering er å anse som «avfall». Vurderingen må foretas konkret i hvert tilfelle og alle relevante forhold tas i betraktning.

For det andre er direktivets gjeldende formålsbestemmelser veiledende for vurderingen. Spesielt er grunnleggende hensyn til liv, helse og miljø viktige tolkningsmomenter. Også mer overordnede prinsipper fra EU-retten kan være av betydning for avfallsdefinisjonen. Typiske eksempler på dette er føre-var-prinsippet og prinsippet om forebyggende tiltak. På grunn av avfallsbegrepets dynamiske natur, og føre-var prinsippet, har EU-domstolen gitt uttrykk for at avfallsbegrepet ved tvil ikke skal tolkes innskrenkende. Tvert imot skal det i slike situasjoner legges til grunn utvidende tolkning.

For det tredje har EU-domstolen gitt uttrykk for at typiske objektive forhold ved tingen skal vektlegges ved vurderingen av om avfallsbegrepet er oppfylt. Et eksempel kan være hvor tingen er et reststoff og ikke et planlagt resultat av en produksjonsprosess – hvilket kan tyde på at «avfall» er rett kategorisering. Videre vil det være av betydning om tingen inneholder urenheter som må fjernes før tingen kan brukes, og at den derfor skiller seg fra jomfruelige produkter. Det kan også være av betydning om det finnes stoffer i tingen som ellers ikke er til stede i jomfruelige produkter. Dersom stoffet kun egner seg til bruk i typiske behandlingsmetoder for

³³ Prop. 89 L (2015-2016). Endringer i forurensningsloven (avfallsdefinisjoner m.m.) side 7.

³⁴ Directive 2008/98/EC of the european parliament and of the council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives, artikkel 3 (1).

³⁵ Prop. 89 L (2015-2016). Endringer i forurensningsloven (avfallsdefinisjoner m.m.) side 8.

avfall, som f.eks. i forbrenning eller biogassproduksjon, vil det være en indikasjon på at tingen er «avfall». Ved forbrenning vil avfallsdefinisjonen være særlig aktuell dersom det må tas miljømessige forholdsregler, som ikke er vanlige ved forbrenning av rene brensler.

I forurensningsloven § 27 er det inntatt lovfestede avgrensninger mot «avfall». I bestemmelsens annet ledd reguleres grensen mellom «avfall» og «biprodukt», mens det i tredje ledd er overgangen fra «avfall» til ikke-avfall som behandles. I forurensningsloven § 27 annet ledd pkt. 1-5 er det oppstilt en rekke kumulative vilkår som må oppfylles for at tingen skal kategoriseres som «biprodukt» fremfor «avfall». Disse vilkårene blir ikke drøftet nærmere i denne fremstillingen.

Derimot er det hensiktsmessig å gjøre rede for grensen mellom «avfall» og ikke-avfall (end of waste) i forurensningsloven § 27 tredje ledd. Fordi temaet for oppgaven er eneretten på behandling av husholdningsavfall, vil denne grensedragningen være bestemmende for enerettens yttergrenser (skillet mellom når en ting er underlagt monopol og når reglene om de fire friheter slår til). Dette behandles i neste underkapittel.

4.2 OVERGANGEN FRA «AVFALL» TIL IKKE-AVFALL. ENERETTENS YTTERGRENSE

Grensen mellom «avfall» og ikke-avfall er interessant fordi den regulerer overgangen mellom monopol og fri konkurranse. Eneretten er begrenset til «avfall» (husholdningsavfall), og en for vid tolkning av begrepet kan resultere i monopolvirksomhet på et område som er underlagt regelverket om fri konkurranse. For en enerettshaver som driver med innsamling og behandling av husholdningsavfall, er det derfor avgjørende at eneretten begrenses til behandling av avfallet frem til transformasjon til ikke-avfall. Bruk av matavfall som råvare i biogassproduksjon kan være et praktisk eksempel på en slik grenseoppgang mot ikke-avfall. Innsamling og behandling av matavfallet omfattes av kommunens enerett, men biogassen som et resultat av foredlingsprosessen står i konkurranse med andre drivstoff og produksjon av denne omfattes derfor av reglene om fri konkurranse. Dersom enerettshaver ikke holder innsamlingen og behandlingen av matavfallet adskilt fra biogassproduksjonen, blir resultatet at enerettshaver også har monopol på råvarene til biogassen. Hvorvidt dette er problematisk, er usikkert. Dersom salget av biogassen ikke går til fradrag i avfallsgebyret, kan enerettshaver få en fordel av eneretten som ikke var tilsiktet (se kapittel 5.6 om selvkost).

I forurensningsloven § 27 tredje ledd pkt. 1-5 er det oppstilt kumulative vilkår for når «løstøregjenstander og stoffer som har blitt avfall ... kan» opphøre å være avfall. Lovgiver har valgt formuleringen «kan først opphøre å være avfall», noe som antyder at det er opp til et rettsanvendelsesskjønn å bestemme om en gjenstand faller innunder kategorien «avfall» eller ikke. Bestemmelsen må imidlertid tolkes i samsvar med den tilsvarende bestemmelsen i rammedirektivet for avfall³⁶ artikkel 6 om «end-of-waste status». I art. 6 (1) heter det at «*certain specified waste shall cease to be waste within the meaning of point (1) of Article 3*». «Point (1) of article 3» regulerer når en gjenstand er «waste». Ordlyden i forurensningsloven må derfor forstås slik at det ikke er rom for fritt «kan»-skjønn. Når vilkårene i forurensningsloven § 27 tredje ledd er oppfylt, har ikke gjenstanden lenger status som «avfall». Nedenfor gjennomgås bestemmelsens 5 kumulative vilkår punktvis.

1. «Har gjennomgått gjenvinning». Ordlyden tilsvarende direktivets art. 6 (1); «when it has undergone a recovery, including recycling». Hva som må til for at avfall oppfyller kravet til «gjenvinning» reguleres av særbestemmelser for de ulike avfallstypene. Det vil føre for langt å gjøre rede for alle disse bestemmelsene her. Generelt kan det nevnes at «gjenvinning» i en rekke tilfeller kan oppfylles ved at det foretas besiktigelse av gjenstanden. I avfallsdirektivets fortale pkt. 22 heter det at «*for the purposes of reaching end-of-waste status, a recovery operation may be as simple as the checking of waste to verify that it fulfils the end-of-waste criteria.*»

I forurensningsloven § 27a fjerde ledd er det gitt en generell definisjon av «gjenvinning». Etter bestemmelsen skal «gjenvinning» forstås som «ethvert tiltak der hovedresultatet er at avfall kommer til nytte ved å erstatte materialer som ellers ville blitt brukt, eller at avfall har blitt forberedt til dette.» Et slikt «tiltak» kan for eksempel være reparasjon av avfall. Også mer omfattende prosesser der avfallet bearbeides til sekundære råstoffer, kan være nødvendig. Eksempler på dette er omsmelting av glass og plast til nye råstoffer, som igjen kan benyttes i produksjon. Eller som i eksempelet ovenfor, at matavfall omarbeides til biogass.

2. «Er alminnelig brukt til bestemte formål». Denne formuleringen tilsvarende avfallsdirektivets ordlyd «*the substance or object is commonly used for specific*

³⁶ Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives art. 6.

purposes» i direktivets art. 6 (1) a. Ordlyden er selvforklarende. Gjenstanden må oppfylle konkrete formål ved vanlig bruk. Vilkåret gir uttrykk for at det må foreligge egenskaper ved tingen som skiller seg fra de kvaliteter avfall vanligvis innehar. Et typisk trekk ved avfall er at tingen ikke egner seg til formål utover å gjennomgå en behandlingsprosess, typisk ved omarbeidelse eller forbrenning. Dersom gjenstanden kan oppfylle andre formål enn å inngå i en slik prosess, skiller den seg fra avfall. For eksempel vil en defekt seng anses som avfall når den leveres på gjenvinningsstasjonen fordi den ikke kan oppfylle det formål som den vanligvis har. Når sengen er reparert vil den igjen kunne brukes som normalt, og må derfor falle innunder kategorien «end-of-waste» - ikke lenger avfall.

3. «Kan omsettes i et marked eller er gjenstand for etterspørsel». I avfallsdirektivet art. 6 (1) b: «*A market or demand exists for such a substance or object*». Vilkåret krever at det må eksistere et reelt marked. Et slikt krav begrenser muligheten for omgåelse av regelverket i og med at en påstand om eksisterende etterspørsel, kan overprøves. Dette vilkåret henger nært sammen med pkt. 2 fordi de samme argumentene ofte vil gjøre seg gjeldende i begge vurderingene. For eksempel er det rimelig å anta at det er et atskillig mindre marked for en defekt seng enn for en funksjonell.
4. «Innfri de tekniske kravene som følger av de aktuelle bruksområdene og eventuelle produktkrav og -standarder». «Produktkrav» er regler for tekniske spesifikasjoner og kvaliteter gitt i lovgivning. Særlig aktuell lovgivning i norsk rett er regler som søker å gjennomføre direktiver som oppstiller konkrete produktspesifikasjoner. «Produktstandarder» er produktspesifikasjoner utarbeidet i de ulike bransjene. Disse bransjereglene er som oftest utformet i samarbeid mellom aktørene på markedet, og er til forskjell fra «produktkravene» kun avtalebasert. I mange tilfeller vil det derfor ikke eksistere slike standarder. Selv om «produktstandarder» ikke er gjennomført i lovgivningen, må de på lik linje med «produktkrav» vært oppfylt for at gjenstanden skal få betegnelsen som ikke-avfall (dersom det foreligger bransjestandarder for tingen).
5. «Ikke medfører nevneverdig høyere risiko for helseskade eller miljøforstyrrelse enn tilsvarende gjenstander og stoffer som ellers kunne blitt brukt.» Lovgiver stiller her krav om at gjenstanden ikke må utgjøre «nevneverdig høyere risiko» for skade på helse og miljø sammenlignet med et tilsvarende jomfruelig produkt. Vurderingen er således ikke

om gjenstanden i seg selv utgjør en fare for helse og miljø, men om risikoen for slik skade er større enn ved bruk av tilsvarende produkter. Når det gjelder spørsmålet om hva som er «gjenstander og stoffer som ellers kunne blitt brukt», må det gjøres en konkret vurdering der tingens egenskaper vil være et særlig relevant moment.

4.3 AVFALLSKATEGORIER I NORGE

I Norge deles avfall inn i tre kategorier: husholdningsavfall, næringsavfall og spesialavfall. Forurensningslovens § 27 a definerer hva som ligger i begrepene:

«Med husholdningsavfall menes avfall fra private husholdninger, herunder større gjenstander som inventar og lignende.

Med næringsavfall menes avfall fra offentlige og private virksomheter og institusjoner

Med spesialavfall menes avfall som ikke hensiktsmessig kan behandles sammen med annet husholdningsavfall eller næringsavfall på grunn av sin størrelse eller fordi det kan medføre alvorlig forurensning eller fare for skade på mennesker eller dyr.»

Begrepet «husholdningsavfall» ble tatt inn i forurensningsloven § 27a i 2003 og erstattet den tidligere brukte begrepet «forbruksavfall». «Forbruksavfall» var en til dels uavklart kategori der også enkelte typer avfall fra næringsvirksomhet var omfattet. Blant annet ble avfall fra kontorer og mindre butikker regnet som «forbruksavfall»³⁷. Ved å gå over til begrepet «husholdningsavfall» snevret lovgiver inn kommunenes ansvarsområde, og skapte samtidig et klarere skille mellom avfallstypene.

«Husholdningsavfall» er, som begrepet antyder, avfall fra husholdninger. Husholdninger forstås etter loven som boliger, hytter og andre fritidsboliger. «Næringsavfall» er resten av avfallet som ikke omfattes av husholdningsbegrepet. Dersom avfallet ikke har opprinnelse i en husholdning, faller det innunder begrepet «næringsavfall». Det vil si at avfallet fra både private og offentlige virksomheter regnes som «næringsavfall». Kommunen har derfor ikke ansvar for at avfall som oppstår i offentlige organer blir innsamlet etter forurensningsloven § 30, da den kun gjelder for «husholdningsavfall».

³⁷ Ot.prp. nr. 87 (2001-2002). Om lov om endring i lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) side 3.

Den norske modellen tar utgangspunkt i avfallets opprinnelse. Dersom avfallet oppstår i hjemmet, faller det innunder kategorien «husholdningsavfall», uavhengig av om avfallet er typisk «husholdningsavfall» eller ikke. For eksempel vil bygningsavfall fra en hobbysnekker omfattes av «husholdningsavfall», selv om kvaliteten på avfallet ligger nærmere «næringsavfall». I forurensningsloven § 27a tredje ledd er imidlertid begrepet «spesialavfall» inntatt. «Spesialavfall» baseres ikke på opprinnelse, men på avfallets kvalitet. Dette medfører at kategorien «spesialavfall» løper parallelt med «husholdningsavfall» og «næringsavfall». For eksempel vil husholdningens oppbrukte batterier (EI-avfall) være avfall som faller innunder både «husholdningsavfall» og «spesialavfall».

5 ENERETT – KOMMUNENES BEHANDLING AV HUSHOLDNINGSAVFALL (7)

5.1 INNLEDNING

En aktør som blir tildelt en enerett får en eksklusiv rett til å utføre en tjeneste. Denne retten vil være begrenset til gjennomføringen av en konkret oppgave innen et bestemt område. Kommunenes enerett til husholdningsavfall i forurensningsloven § 30 er et eksempel på at Stortinget har valgt å gi en enerett ved lov. I motsetning til utvidet egenregi finnes det ikke krav om kontroll med enerettshavers virksomhet. Dette gir enerettshaver (avfallsforetaket) en friere og mer selvstendig stilling fra oppdragsgiver (kommunen). Det finnes imidlertid en rekke andre særlige begrensninger for enerettshavere.

Det påståtte rettslige grunnlaget for kommunenes tildeling av enerett til andre finnes i anskaffelsesforskriften. I forskriftens § 2-3 om «unntak for tjenestekontrakter som inngås på grunnlag av en enerett», heter det: «*Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.*» Bestemmelsen gir i korte trekk uttrykk for at tildeling av tjenestekontrakten må inngås med enerettshaver og for øvrig følge EØS-reglene. I praksis blir hovedfokuset for drøftelsen en vurdering av om EØS-

regelverket er overholdt. Av den grunn kan en norsk rettsanvender stille seg følgende spørsmål: Hvilke EØS-regler må det tas hensyn til for å kunne hjemle en tildeling av enerett på behandling av husholdningsavfall? Dette spørsmålet blir behandlet i drøftelsene nedenfor.

I EØS-loven fremgår blant annet hovedreglene om fri bevegelse for tjenester og konkurranse. Disse reglene er relevante for lovligheten av tildelingen av enerett. Samtidig finnes det ytterligere detaljerte regler i direktiver, bl.a. i direktiv 2014/14 om offentlige anskaffelser. Slike direktiver gir endringer og supplerende regler til den eksisterende EØS-avtalen. For at direktivene skal kunne anvendes i norsk rett, må de gjøres til norsk lov av Stortinget. Norge har aldri nektet å innlemme direktiver som omfattes av EØS-avtalen, i norsk rett.

EØS-avtalens artikkel 36 og 37 definerer tjenestebegrepet og gir hovedregelen om adgangen til å yte tjenester innenfor avtaleområdet. I artikkel 36 heter det at: *«Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.»* Tildeling av enerett er i strid med dette utgangspunktet. Enerett må derfor hjemles i unntaksbestemmelser.

Enerettshjemmelen i anskaffelsesforskriftens § 2-3 blir ofte sett i sammenheng med kommunenes plikt til innsamling av husholdningsavfall. Denne plikten fremgår i lov om vern mot forurensninger og om avfall fra 13.03.1981 (heretter forurensningsloven) § 30 første ledd første pkt.: *«Kommunen skal sørge for innsamling av husholdningsavfall.»* Denne pliktregelen holder kommunene ansvarlige for at husholdningsavfall blir hentet. Kommunenes delegering av enerett på behandling av husholdningsavfall er et middel til å sikre kontroll, ettersom det utelukker andre aktører fra å tilby samme tjeneste. Kommunen kan på den måten sikre at pliktregelen i forurensningsloven overholdes. At kommunene ofte ønsker å ha kontroll over behandling av husholdningsavfall, er derfor ikke særlig overraskende.

Likevel kan det stilles spørsmål ved om det i dag er grunnlag for å oppstille en enerett for å sikre at husholdningsavfall blir samlet inn og behandlet. Forurensningslovens forarbeider illustrerer at tilnærmingen til avfall har utviklet seg over tid. I tiden da forurensningsloven ble vedtatt, var avfall ansett som et problem som måtte løses. Avfall, hvis det ikke ble tatt hånd om

på forsvarlig måte, kunne utgjøre en helserisiko. I forarbeidene fra 1983 til endringer i forurensningsloven ble det uttalt:³⁸

«Det har vært bred enighet om grunntrekkene i det til dels ambisiøse program forurensningsloven legger opp for å løse avfallsproblemene. Det har likeledes vært enighet om at kommunene må ha en sentral plass i dette programmet og gis et betydelig ansvar for gjennomføringen. Slik departementet ser det, er det ikke rimelig å pålegge et slikt ansvar med mindre den enkelte kommune gis et visst spillerom for å ivareta ansvaret på en måte den ser seg best tjent med.»

I dag er situasjonen en annen. Nye krav fra EU og med et mål om sirkulær økonomi, gjør at avfall i økende grad anses som en ressurs på lik linje med andre ressurser. Dersom avfall kan gjenvinnnes og konkurrere mot jomfruelige ressurser, er det en situasjon der det blir mindre naturlig å anse avfall som et problem. Bruken av stadig flere forbrenningsovner og biogassanlegg, samtidig som deponier fases ut, viser at også husholdningsavfall rent faktisk er en verdiskapende ressurs. Grunnlaget for å benytte enerett har derfor i dag ikke samme forankring som den gang forurensningsloven ble vedtatt.

Det er samtidig viktig å merke seg at grunnlaget for enerett til behandling av husholdningsavfall stammer fra konkurranseregelverket og regelverket om offentlig støtte. Disse reglene behandles nedenfor. Kommunenes plikt til innsamling etter forurensningsloven har ikke selvstendig betydning for lovligheten av en enerett til innsamling av husholdningsavfall. Pliktregelen i forurensningslovens § 30 fungerer kun som et incitament for bruk av enerett.

I det videre i kapittel 3 blir det gjort rede for hvordan tildeling av enerett fungerer i praksis. Hvilke organer som kan tildeles enerett og hva slags avfall eneretten kan omfatte, blir også behandlet.

³⁸ Ot.prp.nr.1 (1982–1983) Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven), og i 8. februar 1980 nr. 2 om pant. 2.5 § 31 (kommunal innsamling av forbruksavfall m.v.) (Dagens § 30).

5.2 PRAKSIS –ENERETT PÅ BEHANDLING AV HUSHOLDNINGSAVFALL

Tendensen de siste årene er at tildelinger av enerett på behandling av husholdningsavfall har økt. I tabellen³⁹ nedenfor ser vi at egenregi (alminnelig egenregi og utvidet egenregi) har gått kraftig ned, mens tildeling av enerett og konkurranseutsettelse har økt.

Organisering	2002	2007	2013
Tildeling av enerett	0%	10%	26%
Konkurranseutsetting	11%	21%	39%
Egenregi	89%	69%	35%

Tallene er ikke oppdaterte, men de viser at enerett er aktuelt ved gjennomføringen av behandling av husholdningsavfall.

Hjemmel for tildeling av enerett finnes som nevnt i anskaffelsesforskriften § 2-3: «Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.» I dette kapittelet gjennomgås dagens praksis vedrørende vilkårene i bestemmelsen.

Ordlyden «som oppdragsgiver inngår med en annen oppdragsgiver» tolkes dithen at kommunene kan tildele enerett på behandling av husholdningsavfall til andre offentlige organer. Enerett kan altså ikke tildeles en privat aktør. Det spiller ingen rolle om enerettshaver er eid av kommunene som gir enerett eller ikke. Typisk vil flere kommuner gå sammen om å opprette et interkommunalt selskap eller et AS. Det nye selskapet er å anse som et offentligrettslig organ (hva som mer konkret ligger i dette blir drøftet i kap. 5.3), og kan tildeles enerett på behandling av husholdningsavfall fra kommunene.

Det er også et vilkår for å tildele enerett at tildeling kun gjelder «å utføre tjenesten». Det kan ikke gis eneretter til å drive med kjøp og salg av varer. Dette vilkåret er imidlertid ikke særlig problematisk for kommunene å ta stilling til. Den faktiske delen av innsamling og behandling av husholdningsavfall er å anse som tjeneste. Det kan imidlertid oppstå problemstillinger rundt

³⁹ Tall hentet fra klima- og miljødepartementet. Dokument med tittelen; «Svar på oppdrag om kommunens mulighet til å tildele enerett på behandling av husholdningsavfall, og på oppdrag om transport av avfall til behandling». Side 6. Link: <http://tema.miljodirektoratet.no/Global/Nyhetsbilder/Svarbrev%20KLD.pdf>

grensen mellom vare og tjeneste i tilfeller der avfall gjennom en prosess blir omgjort til en vare (se kap. 4.2). En slik situasjon kan for eksempel være tilfellet der en ødelagt stol blir reparert. Det vil være kunstig å omtale salg av en reparert stol, som salg av en tjeneste.

Videre heter det i bestemmelsen at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse for «tjenestekontrakter ... når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak». I praksis blir eneretter sjelden tildelt gjennom lov eller forskrift. «Kunngjort forvaltningsvedtak» er et vidt begrep som etter en naturlig forståelse ville innebære at alle offentlige organer som kan kunngjøre et vedtak, omfattes. Dette er imidlertid en uholdbar tolkning. Regelen blir forstått slik at kompetansen til å fatte vedtak om tildeling av enerett tilfaller kommunestyret. Kommunestyret er nærmest til å vurdere om enerett er nødvendig - grunnet lokal kunnskap og muligheten for oppfølging. I realiteten er det derfor tilstrekkelig med flertall i kommunestyret for å kunne tildele enerett.

For å kunne tilby enerett må den også være «forenlig med EØS-avtalen». Enerett er en begrensning på hovedregelen om fri flyt av varer og tjenester og således i utgangspunktet ikke ønskelig. Kommunene kan begrunne enerettstildelingen som tvingende ut fra «allmenne hensyn». I EU-domstolens avgjørelse Arnhem gis det uttrykk for at innsamling og behandling av avfall faller innunder unntaket om «allmenne hensyn».⁴⁰

«In this case it is undeniable that the removal and treatment of household refuse may be regarded as constituting a need in the general interest.»

Kommunene hadde i dette tilfellet støtte i EU-domstolen. Også KOFA viser til Arnhem i sak fra 2013 der det ble vurdert hvorvidt en rekke kommuner på Vestlandet hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.⁴¹ En direkte anskaffelse mellom to offentlige organer er ulovlig med mindre den utføres i utvidet egenregi, ved enerett eller gjennom anbud.

KOFA kom til at enerett var i overenstemmelse med EØS-regelverket blant annet på bakgrunn av den nevnte dommen fra EU-domstolen. Det gjøres oppmerksom på at avgjørelsen i Arnhem er over 20 år gammel. Spørsmålet om man fortsatt kan forsvare enerett på behandling av husholdningsavfall på bakgrunn av unntaksbestemmelser i EØS, drøftes senere i oppgaven (se kapittel 6.2 og 7.2).

⁴⁰ EU-domstolens avgjørelse 10. november 1998, sak C-360/96 (Arnhem), avsnitt 52.

⁴¹ Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 18. februar 2013 157/2012, avsnitt 72.

Til forskjell fra reglene om utvidet egenregi er det ikke et krav om at enerettshaver (oppdragstaker) utfører mesteparten av sin virksomhet for oppdragsgiver. Det er ikke uvanlig at offentlige aktører har betydelig markedsfokus samtidig som de innehar enerett på behandling av husholdningsavfall. I KOFA's avgjørelse, som jeg var innom ovenfor, hadde enerettshaver som formål å drive forretningsvirksomhet på det åpne marked. 60%⁴² av avfallet som ble behandlet var konkurranseutsatt næringsavfall. Enerettshaver har altså et relativt fritt handlingsrom.

5.3 KRAV TIL ORGANISASJONSFORM FOR ENERETTSHAVER (8)

Kommunen kan tildele andre offentlige organer enerett. Dette fremgår av anskaffelsesforskriften § 2-3 ved ordlyden; «en annen oppdragsgiver». Bestemmelsen er imidlertid knapp om hvilke krav som stilles til enerettsmottakers organisasjonsform. Vilåret om at mottaker må være «oppdragsgiver» er den eneste veiledningen som gis, og eneretten blir ofte godtatt så fremt mottaker er offentlig. Likevel er det en rekke vilkår som må oppfylles hvis en skal følge rettstilstanden i den forutgående anskaffelsesforskriften fra 2006.

Anskaffelsesforskriften fra 2006 hadde en noe ulik enerettshjemmel enn den som ble inntatt ved endring i dagens forskrift fra 2016. I den forutgående forskriften var unntaket for enerett hjemlet i § 1-3 (2) bokstav h. I bestemmelsen het det: «*Forskriften får ikke anvendelse på ... kontrakter om offentlige tjenestekjøp som tildeles et organ eller en sammenslutning av organer som selv er en offentlig oppdragsgiver som definert i § 1-2 (hvem som er omfattet av forskriften) med hjemmel i en enerett organet har i henhold til en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak, forutsatt at bestemmelsene er forenlige med EØS-avtalen.*» Enerettshjemmelen gav her uttrykk for at «oppdragsgiver» skulle forstås som «offentligrettslig organ» etter forskriftens § 1-2. I dagens forskrift er det ikke gitt en tilsvarende henvisning fra begrepet «oppdragsgiver» i § 2-3 til § 1-2 om hvem forskriften gjelder for. Systembetragtninger taler imidlertid for å anse «oppdragsgiver» etter forskriftens § 2-3 på tilsvarende måte som etter forskriften fra 2006. Også forarbeidene til anskaffelsesforskriften fra 2016 gir uttrykk for at det ikke er ment å foreta en reell endring på dette punkt.⁴³ Et organ anses derfor som «offentlig organ» etter dagens forskrift dersom vilkårene i § 1-2 annet ledd a-c er oppfylt.

⁴² Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 18. februar 2013, sak 157/2012, avsnitt 27.

⁴³ NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Del 2 om materielle regler – side 102.

Innledningsvis bemerkes det at begrepet «offentligrettslig organ» i anskaffelsesforskriften § 1-2 (2) skal tolkes formålsrettet og bredt. Som uttalt i EU-domstolens sak *Kommisjonen mot Spania*:⁴⁴

«That concept must be given an interpretation as functional as it is broad».

I § 1-2 annet ledd bokstav a heter det at «et offentligrettslig organ er et organ som ... er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter». Hva som ligger i begrepet «allmennhetens behov», blir det ikke gjort nærmere rede for i anskaffelsesforskriften. Begrepet har visse grensdragninger mot unntaksregelen i EØS-loven art. 59 (2) om at «oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning», kan unntas fra konkurransereglene på visse vilkår. Selv om «allmenhetens behov» etter anskaffelsesforskriften er oppfylt, er det ingen automatikk i at også vilkåret om «almen økonomisk betydning» i EØS-loven oppfylles. I anskaffelsesforskriften blir det derfor foretatt en isolert vurdering av «allmenhetens behov». EØS-lovens art. 59 (2) om SGEI-tjenester blir behandlet i kapittel 6.2 om konkurranseregelverket.

Forskriften er som nevnt bygget på innkjøpsdirektivet av 2014, som igjen er inspirert av EU-domstolen. I KOFA sak om *Drammen Scener AS*:⁴⁵

«"Allmennhetens behov" er et begrep som ifølge EU-domstolen skal tolkes vidt, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-18/01 (Korhonen) avsnitt (41) til (45). Om vilkåret er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering. Et sentralt moment i vurderingen er om selskapet skal ivareta behov i samfunnet, fremfor juridiske personers eller enkeltpersoners interesser. Eksempler på virksomheter EU-domstolen har funnet å tjene allmennhetens behov er fjerning og behandling av husholdningsavfall, organisering av messer og utstillinger og begravelsevirsomhet.»

Det må følgelig foretas en konkret helhetsvurdering av om organisasjonen tjener «allmenhetens behov». Når det gjelder spørsmålet om behandlingen av husholdningsavfall kan anses som å tjene «allmenhetens behov», har EU-domstolen i *Arnhem* uttalt:⁴⁶

«In this case it is undeniable that the removal and treatment of household refuse may be regarded as constituting a need in the general interest. Since the degree of

⁴⁴ EU-domstolens avgjørelse 16. oktober 2003, sak C-283/00 (*Kommisjonen V Spania*), avsnitt 73.

⁴⁵ Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 26. juni 2017, sak 33/2017, *Drammen Scener AS*, avsnitt 22.

⁴⁶ EU-domstolens avgjørelse 10. november 1998, sak C360/96 (*Arnhem*), avsnitt 52.

satisfaction of that need considered necessary for reasons of public health and environmental protection cannot be achieved by using disposal services wholly or partly available to private individuals from private economic operators, that activity is one of those which the State may require to be carried out by public authorities or over which it wishes to retain a decisive influence.»

I resonnementet legges det vekt på om tjenesten kan utføres av andre enn det offentlige. Dersom ingen aktører ønsker å ta på seg tjenesten, eller det ikke finnes aktører på markedet, taler det for at «allmenhetens behov» er oppfylt. I Norge tyder imidlertid mye på at det finnes alternative private innsamlere og behandlere av husholdningsavfall i visse geografiske områder. Tabellen jeg viste til ovenfor viser at stadig flere kommuner utsetter behandling og innsamling av husholdningsavfall til private aktører. Altså eksisterer det per dags dato aktører som er aktive på markedet. I Distrikts-Norge kan det likevel tenkes at alternative tjenestetilbydere ikke er til stede. Domstolens uttalelse kan likevel ikke tas til inntekt for at alternative tilbydere utelukker oppfyllelse av «allmenhetens behov». Det er kun et moment i vurderingen.

Videre sies det i domsavgjørelsen at det er nødvendig med offentlig behandling av avfall på grunn av hensynene til helse og miljø. Hvorvidt dette argumentet kan gis betydelig vekt all den tid mye av behandlingen av husholdningsavfall allerede er konkurransutsatt, og mesteparten av næringsavfall behandles av private aktører, kan ikke sies for sikkert. Dommen er fra 1998. Fra 1998 til i dag har det skjedd en ikke uvesentlig utvikling i organiseringen av behandling av husholdningsavfall. For eksempel var ca. 90% av all behandling av husholdningsavfall i 2003 utført i egenregi, mens andelen egenregi i 2013 var redusert til 35%. Oppfatningen har tydelig gått i retning av at husholdningsavfall kan behandles av private, uten at helse og miljø settes i fare. Her må det presiseres at også argumentet om helse og miljø kun er ett av momentene i helhetsvurderingen.

I EU-domstolens sak Korhonen blir mer samfunnsøkonomiske momenter trukket inn i vurderingen av «allmenhetens behov». I saken uttales det:⁴⁷

«Taitotalo is not acting solely in the individual interest of the undertakings directly concerned by that project but also in that of the town of Varkaus.

Activities such as those carried on by Taitotalo in the case in the main proceedings may be regarded as meeting needs in the general interest, in that they are likely to give a

⁴⁷ EU-domstolens avgjørelse 22. mai 2003, sak C-18/01 (Korhonen), avsnitt 44-45.

stimulus to trade and the economic and social development of the local authority concerned, since the location of undertakings on the territory of a municipality often has favourable repercussions for that municipality in terms of creation of jobs, increase of tax revenue and improvement of the supply and demand of goods and services.»

Dommen gir uttrykk for at det kan legges vekt på at det offentlige, ved å tilby tjenesten, kan skape ringvirkninger i form av jobber, markedsstimulans og sosial utvikling. Følgelig kan rene samfunnsøkonomiske hensyn tillegges vekt ved vurderingen av om et foretak tjener «allmenhetens behov».

Videre avgrensers bokstav a mot organer som er av «industriell eller forretningsmessig karakter». Etter en naturlig tolkning kan derfor ikke enerettshaver drive virksomhet med fokus på å nå mål som er typiske for næringsdrivende. EU-domstolen gir nærmere veiledning til hva som ligger i det tilsvarende vilkåret i innkjøpsdirektiv 2014/24 artikkel 2 1. nr 4. I LitSpecMet uttales det:⁴⁸

«In that regard, it is appropriate to note that in the assessment of that character account must be taken of relevant legal and factual circumstances, such as those prevailing when the body concerned was formed and the conditions in which it carries on its activity, including, inter alia, lack of competition on the market, the fact that its primary aim is not the making of profits, the fact that it does not bear the risks associated with the activity, and any public financing of the activity in question.

As the Court has held, if, with regard to the activities intended to meet needs in the general interest, the body operates in normal market conditions, aims to make a profit and bears the losses associated with the exercise of its activity, it is unlikely that the needs it seeks to meet are not of an industrial or commercial nature.»

Oppsummert vil alle relevante forhold av betydning inngå i vurderingen av om en virksomhet anses som «industriell eller forretningsmessig karakter». Videre fremheves det enkelte momenter som kan være av spesiell interesse. For eksempel om fokuset er rettet mot å skape overskudd, om det finnes konkurranse på markedet, om det er risiko forbundet med finansiering og om organet er offentlig finansiert. Motsatt gis det uttrykk for at en virksomhet som opererer på vanlige markedsvilkår og som prøver å oppnå overskudd og risikerer tap, sannsynligvis er

⁴⁸ EU-domstolens avgjørelse 5. oktober 2017, sak C-567/15 (LitSpecMet), avsnitt 43-44.

av «industriell eller forretningsmessig karakter». Det må således gjøres en vurdering der det avgjørende er helheten av foretakets mål og praksis. Dersom det etter en slik totalvurdering viser seg at virksomheten tar i bruk forretningsmessige verktøy og har målsettinger som avviker fra det offentlige, vil ikke organet kunne oppfylle vilkårene til «offentligrettslig organ».

I anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd bokstav b heter det at et «offentlig organ» må være «et selvstendig rettssubjekt». Her avgrenses det mot tilfeller der det offentlige organet driver i egen regi. Et «selvstendig rettssubjekt» omfatter selvstendige juridiske personer. Aksjeselskaper og interkommunale selskaper er eksempler på slike organer. Vurderingen av om et organ er et «selvstendig rettssubjekt» er sjeldent problematisk.

I forskriftens § 1-2 annet ledd bokstav c oppstilles tre alternative vilkår. Ved siden av oppfyllelse av §§ 1-2 annet ledd bokstav a og b må ett av vilkårene i bokstav c være oppfylt for at organet skal anses som «oppdragsgiver» etter anskaffelsesforskriften §§ 2-3 jf. § 1-2. Felles for de tre vilkårene i bokstav c er at de oppstiller krav om tilknytning mellom det offentlige og det selvstendige rettssubjektet.

Det første vilkåret i forskriften § 1-2 annet ledd bokstav c (1) sier at organet må ha «*tilknytning til det offentlige ved at organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer*». «Finansiert» innebærer at det offentlige må gi en form for økonomisk støtte til enerettshaver. Hva slags økonomisk støtte som omfattes gis det ikke veiledning om. I EU-domstolens sak Oymanns blir «finansiert» drøftet:⁴⁹

«Furthermore, in accordance with the Court's case-law, the first alternative in letter (c) of second subparagraph of Article 1(9) of Directive 2004/18 contains no details as to the procedures for delivering the financing to which that provision relates. Thus, in particular, there is no requirement that the activity of the bodies in question should be directly financed by the State or by another public body failing which the condition attaching to that point is not satisfied. A method of indirect financing is therefore sufficient (see, to that effect, Case C-337/06 Bayerischer Rundfunk and Others [2007] ECR I-11173, paragraphs 34 and 49).»

Dommen gir uttrykk for at det ikke oppstilles et krav om direkte finansiering. Det er tilstrekkelig at den økonomiske støtten er indirekte. Denne løsningen er fornuftig ettersom det offentlige kan bidra med støtte på ulike måter, f.eks. ved å fritta organisasjonen for utgifter.

⁴⁹ EU-domstolens avgjørelse 11. juni 2009, sak C-300/07 (Oymanns), avsnitt 51.

Kravet om at organet «hovedsakelig» må være finansiert av offentlige myndigheter, begrenser tilsvarende muligheten for inntjening fra det åpne marked. Dette fører automatisk til et restriktivt markedsfokus. Hva som konkret ligger i ordlyden «hovedsakelig» er behandlet i EU-domstolens sak Bayerischer Rundfunk:⁵⁰

« It must first of all be pointed out that, as regards whether the financing is 'for the most part', it is common ground that, in accordance with the case-law of the Court, that condition is satisfied in this case, since more than one half of the income of the public broadcasting bodies in question comes from the fee at issue in the main proceedings (see, to that effect, Case C-380/98 University of Cambridge [2000] ECR I-8035, paragraph 30).»

Så lenge over halvparten av inntektene kommer fra offentlige myndigheter, er vilkåret om «hovedsakelig finansiert» oppfylt.

I det neste alternative vilkåret i anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd bokstav c (2) fremgår det at et «*offentligrettslig organ er et organ som ... har tilknytning til det offentlige ved at organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll*». Vilket ligner på kontrollkravet i utvidet egenregi. Ved utvidet egenregi er imidlertid kontrollkravet et absolutt vilkår.

At organet må være underlagt de offentlige myndigheters «ledelsesmessige kontroll» tilsier at organet må kunne overstyres av det offentlige. Den offentlige myndigheten må i slike tilfeller ha tilnærmet samme kontroll over det selvstendige rettssubjektet som over sin egen organisasjon. Slik kontroll begrenser organets muligheter til å gjennomføre anskaffelser med forretningsmessige mål. I EU-domstolens sak Truley blir kontrollvilkåret sammenlignet med de to øvrige alternative vilkårene som fremgår av anskaffelsesforskriften §§ 1-2 annet ledd bokstav c (1) og (3). Spesielt alternativet i forskriftens § 1-2 annet ledd bokstav c (3) blir viet oppmerksomhet. Dette alternativet, som jeg kommer tilbake til nedenfor, går ut på at over halvparten av organets ledelse må være sammensatt av medlemmer oppnevnt av det offentlige. Slikt flertall i organets styre vil i realiteten gi det offentlige kontroll over organets avgjørelser. I Truley uttales det følgende om kravet til kontroll i den tilsvarende bestemmelsen i innkjøpsdirektivet:⁵¹

⁵⁰ EU-domstolens avgjørelse 13. desember 2007, sak C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), avsnitt 33.

⁵¹ Eu-domstolens avgjørelse 27. februar 2003 sak, C-373/00 (Truley), avsnitt 69.

*«More specifically, as regards the criterion of management supervision, the Court has held that that supervision must give rise to dependence on the public authorities equivalent to that which exists where one of the other alternative criteria is fulfilled, namely where the body in question is financed, for the most part, by the public authorities or where the latter appoint more than half of the members of its administrative, managerial or supervisory organs, enabling the public authorities to influence their decisions in relation to public contracts (see *Commission v France*, paragraphs 48 and 49).»*

Det offentlige organet må ha en faktisk mulighet til å føre kontroll med det selvstendige rettssubjektet i tilsvarende grad som om det skulle utnevne flertallet som satt i styret. Konkrete eksempler på hvordan slik kontroll skal etterleves er det ikke gitt eksempler på. Her er det formålet om kontroll som er viktig, ikke hvordan gjennomføringen foretas i praksis. Etter anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd bokstav c (2) fremgår det altså et krav om at det offentlige må kunne utøve bestemmende innflytelse over rettssubjektets avgjørelser, slik at organet ikke står fritt til å forfølge andre mål enn det offentliges.

Det siste alternative vilkåret i anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd bokstav c (3) omhandler, som jeg var inne på ovenfor, krav om flertall i organets ledelse. Ordlyden i bestemmelsen: *«Et offentlig rettslig organ er et organ som ... har tilknytning til det offentlige ved at ... organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.»* Det selvstendige rettssubjektet må ha et «kontrollorgan» der over halvparten er oppnevnt av et offentlig organ. Over 50 % av medlemmene må altså være oppnevnt av det offentlige. Her oppstår det sjelden problemer. Det selvstendige rettssubjektet må imidlertid ha et «kontrollorgan». Hva som menes med dette er ikke helt klart. Et «kontrollorgan» kan ut ifra en vid tolkning omfatte både intern og ekstern ledelse. I KOFA sak Studentkafeene AS ble det tatt stilling til dette spørsmålet:⁵²

«Kontrollkriteriet omfatter både kontroll som er basert på et rettslig grunnlag og faktisk kontroll, jf. Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's udbudsdirektiv, side 294-295. Rettspraksis viser at det ofte er ulike former for kontroll i forhold til organets virksomhet som samlet sett avgjør om det foreligger en slik grad av kontroll at kriteriet er oppfylt, jf. Steinicke/Grosmeyer side 293. Er organet underlagt tilsyn, må det også på dette

⁵² Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 31. januar 2010, sak 2010/278 (Studentkafeene AS), avsnitt 37.

punktet vurderes om tilsynet gir det offentlige mulighet til å påvirke det aktuelle organets beslutninger vedrørende anskaffelser. Dersom tilsynet kun knytter seg til om lovgivning overholdes, så taler det mot at det foreligger tilstrekkelig kontroll, jf. C-237/99 (Kommissjonen mot Frankrike) premiss 55. Dette vil imidlertid variere alt etter lovgivningens og tilsynets karakter.»

I KOFAs uttalelse blir formålet bak kontrollkravet trukket frem som et sentralt moment ved vurderingen. Dersom det offentlige har en reell bestemmende innflytelse gjennom flertallet i ledelsen, uavhengig av om ledelsesorganet er internt eller eksternt i rettssubjektet, taler det for at anskaffelsesforskriften § 1-2 annet ledd bokstav c (3) er oppfylt. Er derimot den eksterne kontrollen kun rettet mot tilsyn av lovmessighet, taler det mot at det offentlige har kontroll over avgjørelser som gjelder anskaffelser o.l.

Dersom det selvstendige rettssubjektet oppfylder vilkårene i anskaffelsesforskriften §§ 1-2 annet ledd bokstav a, b og ett av alternativene i bokstav c, kan enerett gis.

5.4 BEGREPET «TJENESTEKONTRAKT» I ANSKAFFELSESFORSKRIFTEN § 2-3 (8)

«Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten» jf. Anskaffelsesforskriften § 2-3. Det er følgelig et vilkår at alle avtaler som inngås mellom oppdragsgivende kommune og enerettsmottakende avfallsvirksomhet er «tjenestekontrakter», for at reglene om anbud ikke skal få anvendelse.

I anskaffelsesforskriften § 4-1 c er «tjenestekontrakt» definert som «kontrakt om utførelsen av tjenester, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav d». Dersom kontrakten omfatter en utførelse av tjenester som ikke faller innunder anskaffelsesforskriften § 4-1 d, er den altså en «tjenestekontrakt».

Anskaffelsesforskriften § 4-1 d regulerer «bygge- og anleggskontrakter». I pkt. 1-3 oppstilles det tre alternative vilkår for når en kontrakt omfattes av bestemmelsen. Kort oppsummert går vilkårene ut på om kontrakten gjelder planlegging eller utførelsen av bygge- og anleggsarbeider. Vilårene i anskaffelsesloven § 4-1 d er tydelig definert og avgrenset, slik at vurderingen av om kontrakten er en «tjenestekontrakt» sjelden vil by på problemer.

5.5 FORURENSNINGSLOVEN § 30

Antagelig er regelen i forurensningsloven § 30 en vesentlig årsak til at tildeling av enerett på behandling av husholdningsavfall har vært utbredt i Norge. Bestemmelsen gir kommunene ansvar for at husholdningsavfallet blir innsamlet, uavhengig av hvem som utfører innsamlingen. Regelen lyder som følger: «Kommunen skal sørge for innsamling av husholdningsavfall».

Regelen har antagelig gitt et incitament til at kommunene skal utføre tjenesten selv. Ved å utføre tjenesten kan kommunen være sikker på at den etterlever ansvarsregelen i forurensningsloven § 30. Samtidig er det en kjensgjerning at mange kommuner er små og ikke har kapasitet eller ressurser til å drive avfallsvirksomhet ved siden av andre pålagte oppgaver. Ved å opprette interkommunale selskaper, der kommuner går sammen om å drifte tjenesten, opprettholdes kontrollen, samtidig som utgiftene pulveriseres. Typisk er at kommunene i denne sammenheng tilbyr det interkommunale selskapet enerett på innsamling og behandling av husholdningsavfallet.

5.6 SELVKOST

For kommunale foretak er selvkost et viktig begrep. Enkelt forklart betyr selvkost at kostnadene ikke må overstige utgiftene ved produksjonen av varen eller tjenesten. Selvkost blir benyttet ved utøvelse av offentlige tjenester for å begrense det offentlige organets økonomiske handlerom. Spesielle og eksklusive retter som tillegges myndighetene ved lov innebærer at konkurransen helt eller delvis blir avskåret i det aktuelle markedet. I slike tilfeller står tilbyder av varen eller tjenesten i en spesielt sterk posisjon når det gjelder beregning av kostnadskompensasjonen. Selvkost er et verktøy som beskytter kundens interesser ved å hindre utnyttelse av en spesiell eller eksklusiv rett.

I kjernen av selvkostbegrepet ligger tanken om å hindre overskudd. Et kommunalt eller privat foretak som er omfattet av selvkost, skal ikke kunne ta ut fortjeneste på å utøve tjenester som vanligvis er å anse som myndighetsoppgaver. I avfallssektoren fungerer begrensningen ved at den hindrer utnyttelse av eneretten på husholdningsavfall. For avfallsselskaper som driver på bakgrunn av enerett er kravet om selvkost hjemlet i forurensningsloven § 34 første ledd tredje

punktum. Her sier loven at «for avfall som kommunen har plikt til å samle inn, motta og/eller behandle etter §§ 29, 30 eller 31 må gebyret ikke overstige kommunens kostnader.» Bestemmelsen viser til forurensningsloven § 30, som hjemler kommunens plikt til å sørge for innsamling av husholdningsavfall. Forurensningsloven § 34 sikrer at kommunens innbyggere ikke betaler mer enn nødvendig for avfallsbehandlingen. I og med at behandlingen av husholdningsavfallet ikke er valgfritt for den enkelte kunde, er selvkost en viktig sikkerhet mot utnyttelse av eneretten.

Selskaper med enerett på innsamling og behandling av husholdningsavfall kan ikke ta fortjeneste. Dette henger sammen med formålet om å drive virksomhet som kommer befolkningen til gode. Dersom selskapet gjennom innovative løsninger oppnår reduserte utgifter i forbindelse med innsamling og behandling, innebærer selvkostregelen at utviklingen kommer hver enkelt husholdning til gode. Nedgang i utgifter ved behandlingen av husholdningsavfallet betyr nedgang i avfallsgebyret. Kommunen kan i et slikt tilfelle ikke la avfallsgebyret stå uendret, og på den måten ta en bit av gebyret som fortjeneste.

Et avfallsselskap med enerett og sikker kostnadsdekning gjennom selvkost, har derfor ofte lite incitament til å utforske innovative løsninger. Samtidig sikrer selvkostregelen avfallsanleggene sikker flyt av økonomiske midler, hvilket i forlengelsen også sikrer at husholdningsavfallet blir behandlet forsvarlig.

6 ENERETT PÅ BEHANDLING AV HUSHOLDNINGS- AVFALL I LYS AV KONKURRANSEREGELVERKET

6.1 INNLEDNING (12)

Alle aktører som driver med næringsvirksomhet i Norge må forholde seg til konkurranseregelverket. Regelverket omfatter både nasjonale regler og EØS-regler. Det er spesielt tre lover som er relevante i den sammenheng: Lov av 05. mars 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (heretter konkurranseloven), lov av

05. mars 2004 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (heretter EØS-konkurranseloven) og EØS-loven.

Det fremgår av konkurranseloven § 1 at «*Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.*» Dette utgangspunktet er bærende gjennom store deler av konkurranseretten. Konkurranse er ønskelig fordi det presser frem innovasjon og resulterer i gode vilkår for forbrukeren. Fra denne hovedregelen finnes det naturligvis unntak. Enerett på behandling av husholdningsavfall er et eksempel på et slikt.

Medlemslandene ønsker i noen tilfeller å monopolisere enkelte næringer gjennom lovgivning. Dette står i utgangspunktet i strid mot traktatforpliktelsene EØS-medlemslandene tar på seg. I Norge har Stortinget i forurensningsloven § 30 gitt kommunene monopol på behandling av husholdningsavfall. Hvorvidt eneretter bør opprettholdes er til dels et politisk spørsmål. For EU- og EFTA-domstolen kan monopoler oppfattes som uforenlig med avtalevilkårene. Et medlemsland som i utstrakt grad anvender eneretter for å kontrollere vare- og tjenesteomsetningen, vil kunne blir pålagt av EU-domstolen å liberalisere markedene. For eksempel har Norsk Tippings monopol på spilltjenester i Norge blitt diskutert og utfordret av aktører fra andre EØS-medlemsland.⁵³ Særlig hensyn til folkehelse og miljø kan anses tilstrekkelig for å rettferdiggjøre monopoler. Vurderingen tar utgangspunkt i om det er nødvendig og forholdsmessig å opprettholde monopolet. Så langt har ikke ESA eller EFTA-domstolen underkjent bruken av enerett på behandling av husholdningsavfall til norske kommuner. ESA har gitt rådgivende uttalelser om krysssubsidiering i forbindelse med en støttesak vedrørende kommunenes enerett. Her ble det uttalt at:⁵⁴

«Hence, the municipalities enjoy a legal monopoly in the field of household waste collection.»

Det kan derfor se ut til at kommunenes monopol foreløpig aksepteres av ESA og EFTA-domstolen. Kommunenes enerett er imidlertid ikke fokus for denne avhandlingen, og blir derfor ikke problematisert videre. Temaet i denne oppgaven er kommunenes tildeling av enerett til andre aktører. Altså kommunenes praksis ved å delegere enerett på husholdningsavfall videre. Hvorvidt det foreligger en hjemmel for dette vurderes i kapittel 7.2.2.

⁵³ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/full-seier-i-esa-om-lotterier/id2464760/> - Om ESAs uttalelser om norsk spillmonopol.

⁵⁴ EFTA Surveillance Authority (ESA) Decision of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors, sak 69911, avsnitt 3.

I oppgaven er det i hovedsak støtterregelverket som vil bli behandlet. Det vil føre for langt å gi en fremstilling av konkurranseloven og EØS-avtalens konkurransedel. Den konkurranserettslige redegjørelsen vil derfor begrenses til EØS-loven art. 59 (2) (kategori nr. 10 i illustrasjonskartet), som regulerer unntak fra konkurranseregelverkets regler for tjenester av «almen økonomisk betydning». Tjenester som faller innunder denne unntaksbestemmelsen blir ofte kalt SGEI-tjenester. Ettersom reglene i forurensningsloven § 30 og anskaffelsesforskriften § 2-3, ikke nødvendigvis hjemler delegasjon av eneretter (se kap 7.2.2) (9), må hver enkelt mottaker av enerett vurderes konkret etter unntaket i EØS-loven art. 59 (2). Enerett på behandling av husholdningsavfall kan på bestemte vilkår omfattes av denne unntaksregelen.

Enerett er eksklusiv tilgang på varer eller tjenester. Eksklusive rettigheter gjør innhugg i utgangspunktet om fri flyt av varer og tjenester, og må derfor være omfattet av unntaket for SGEI-tjenester for å kunne være forenlig med EØS-avtalen. SGEI-tjenester er, i tillegg til å være unntatt fra deler av konkurranseregelverket, også unntatt fra deler av forbudet mot statsstøtte. Unntaket fra statsstøtterregelverket behandles i kapittel 7.5.

For å kunne vurdere lovligheten av støtte gitt til SGEI-tjenester, er det følgelig naturlig å starte med en gjennomgang av vilkårene for SGEI-begrepet.

6.2 SGEI – TJENESTER AV «ALMEN ØKONOMISK BETYDNING» (10)

6.2.1 Unntaket fra konkurranseregelverket i EØS-loven art. 59 (2) (10)

Selv om det EØS-rettslige fokuset for oppgaven er statsstøtterregelverket, blir det i dette kapitlet gjort rede for deler av konkurranseregelverket. Grunnen er at bruken av SGEI-unntaket har implikasjoner på lovligheten av begge regelsettene. SGEI-begrepets anvendelse er regulert i konkurranselovgivningen, mens de støtterettslige konsekvensene av kategoriseringen er regulert i støttekapitlet. For å kunne vurdere lovligheten av støtten gitt til en SGEI-avfallstjeneste, må det derfor først slås fast om tjenesten i det hele tatt faller innunder SGEI-begrepet i EØS-avtalens konkurransedel.

Før konkurranseregelverket behandles, gjøres det kort rede for støtterregelverkets implikasjoner på SGEI-tjenester for å vise forskjellen mellom regelsettene. Støtteforbudet i EØS-loven art. 61

(1) har som mål å sikre at aktørene i markedet opererer på like premisser (13). Dette utgangspunktet gjør seg likevel ikke alltid gjeldende. EØS-avtalen har for eksempel ikke som mål å gi forbudet mot statsstøtte anvendelse på tjenester som driftes for å imøtekomme allmenne behov (10-11). Private og offentlige virksomheter kan derfor på nærmere bestemte vilkår motta støtte for å drifte en tjeneste som har til hensikt å oppfylle slike behov. Tildelingen av støtte i forbindelse med utøvelsen av slike SGEI-tjenester er spesielt aktuelt der markedet for øvrig ikke tilbyr tjenesten. En offentlig eller privat aktør vil ofte i slike tilfeller velge å utføre tjenesten mot at den får kompensasjon fra det offentlige. I dette ligger det et støtteelement som kan være forenlig med EØS-loven dersom den omfattes av SGEI-begrepet. Vilkårene for å avgjøre om et SGEI-foretak er forenlig med støtteregulverket er inntatt i Altmark-saken, som det gjøres rede for i kap. 7.5 (11).

Når det gjelder unntaket for SGEI-tjenester i konkurranseregulverket, er det andre hensyn som gjør seg gjeldende. Fra EØS-loven art. 59 (2) om det konkurranserettslige unntaket for visse typer tjenester (10):

«Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning ... skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.»

Tjenester som faller innunder begrepet «almen økonomisk betydning» eller på engelsk SGEI (service of general economic interest), kan følgelig unntas fra deler av konkurranse- og støtteregulverket. Dersom et foretak anses å «utføre tjenester av almen økonomisk betydning» jf. EØS-loven art 59 (2), er den unntatt fra reglene i EØS-avtalen som rettslig eller faktisk hindrer utøvelsen av oppgavene den er tillagt. For at unntaket om SGEI-tjenester skal aktualiseres, må tildelingen av SGEI-tjenester følgelig innebære brudd med hovedreglene om fri konkurranse (12). SGEI-tjenestene som utøves på bakgrunn av eksklusive rettigheter øker risikoen for å gjøre slike innhugg. En avfallsvirksomhet som inngår kontrakt på behandling av husholdningsavfall med en kommune, blir ofte tildelt enerett på husholdningsavfall. En slik eksklusiv rett kan bli omfattet av forbudet mot utnyttelse av dominerende stilling i EØS-loven art. 54. Eksklusive rettigheter kan også stride mot hovedregelen om fri tilgang på å tilby tjenester i EØS-loven art. 36. Hvorvidt en enerett på behandling av husholdningsavfall er ulovlig etter disse hovedreglene, må vurderes konkret i hvert tilfelle. Generelt er det grunnlag for å anta at eneretter som ekskluderer andre tjenestetilbydere står i spesielt stor fare for å bryte med bestemmelsen i EØS-loven art. 36.

Ettersom anvendelsen av konkurranseregelverket er begrenset på SGEI-tjenester, vil mottakere av eksklusive rettigheter ha store fordeler fremfor alminnelige foretak. En kunne derfor kanskje se for seg at SGEI kategoriseringen var ytterligere definert i EØS-avtalen og følgelig strengt håndhevet av domstolene. Realiteten er likevel den motsatte. Tradisjonelt ser det ut til at spørsmålet om en tjeneste faller innunder kategorien har vært basert på generelle føringer. I EU-domstolen gis det også uttrykk for at medlemslandene er gitt vid skjønnsmargin ved anvendelsen av EØS-loven 59 (2).⁵⁵

«the Court notes at the outset that even though the Member State has a wide discretion when determining what it regards as an SGEI.»

I saker der EFTA- eller EU-domstolen har akseptert at visse tjenester kan falle innunder SGEI begrepet, har det offentlige ofte praktisert tilsvarende SGEI-kategorisering på virksomheter innen samme bransje. En slik vurdering av hvorvidt en tjeneste kan utføres som SGEI vil ofte føre til korrekt resultat. Likevel vil det alltid være ulikheter mellom foretakene som vurderes i praksis. Det må derfor foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Når det gjelder SGEI-tjenester i lys av konkurranseregelverket er det i hovedsak spesial- og eksklusive rettigheter som er interessant å vurdere. I Norge delegerer kommuner eksklusiv tilgang på husholdningsavfall til interkommunale selskaper og AS. En slik praksis kan ha gode grunner for seg – blant annet for å gjennomføre effektiv logistikk og god sikkerhet. Selv om den eksklusive rettigheten aksepteres nasjonalt, kan resultatet bli at EØS-forpliktelsene om de fire friheter ikke blir overholdt. I den videre drøftelsen er det lovligheten av SGEI-tjenester i EØS-konkurranseregelverket som er gjenstand for drøftelse.

For at reglene om de fire friheter skal få reell effekt, er det inntatt begrensninger i avtalelandenes skjønnsmargin ved bruken av SGEI. EU-domstolens avgjørelser er veiledende for tolkningen av SGEI-begrepet for norske rettsanvendere. I tillegg gir «the communication»⁵⁶ og «the SGEI Decision»⁵⁷ tolkningsbidrag.

⁵⁵ EU-domstolens avgjørelse 12. februar 2008, sak T-289/03, avsnitt 172 første pkt.

⁵⁶ «Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest», (2012/C 8/02), 11. januar. 2012. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111(02)&from=EN)

⁵⁷ «Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest». <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012D0021&from=EN>

For å finne ut hva som må til for at en tjenesteutøvelse kan omfattes av SGEI-begrepet i EØS-loven art. 59 (2), er det naturlig å begynne med uttalelser fra EU-domstolen. Domstolen gir blant annet uttrykk for at begrepet må tolkes snevert.⁵⁸

«As Article 90 (2) (tilsvarende EØS-loven art. 59 (2)) is a provision which permits, in certain circumstances, derogation from the rules of the Treaty, there must be a strict definition of those undertakings which can take advantage of it.»

EU-domstolen legger her til grunn at det ved tolkningen av SGEI-begrepet må legges til grunn en viss terskel. Nøyaktig hvor høyt terskelen ligger, er imidlertid usikkert. Avgjørelsen er fra 70-tallet og domstolen har i senere tid vært uforutsigbar i anvendelsen av SGEI-begrepet. I enkelte saker har domstolen fremstått som tvilende til aksepten av SGEI, mens den i andre tilfeller har avslått kategoriseringen etter en relativt kort vurdering.⁵⁹ Det er derfor ikke helt klart hvor terskelen for SGEI-begrepet ligger.

EU-domstolen har senere forsøkt å gjøre rede for vilkårene i SGEI-begrepet på en mer metodisk måte.⁶⁰

«These are, notably, the presence of an act of the public authority entrusting the operators in question with an SGEI mission and the universal and compulsory nature of that mission ... Furthermore, it follows from the case-law on Article 86(2) EC that the Member State must indicate the reasons why it considers that the service in question, because of its specific nature, deserves to be characterised as an SGEI and to be distinguished from other economic activities.»

I domspremissene gis det følgelig uttrykk for at den eksklusive tjenesten må tildeles av en offentlig myndighet. Myndighetene må i tillegg ta stilling til hvorfor det er naturlig at tjenesten faller innunder SGEI-begrepet, og følgelig blir adskilt fra andre økonomiske aktiviteter.

I «the communication» gis det en generell uttalelse som begrenser når tjenester kan omfattes av SGEI-begrepet.⁶¹

«The Commission also considers that the services to be classified as SGEIs must be addressed to citizens or be in the interest of society as a whole.»

⁵⁸ EU-domstolens avgjørelse 27. mars 1974, sak C-127/73, avsnitt 19.

⁵⁹ Nicolas De Sadeleer, EU environmental law and the internal market, 2014 Oxford University Press. S. 430.

⁶⁰ EU-domstolens avgjørelse 12. februar 2008, sak T-289/03, avsnitt 172.

⁶¹ Kommisjonens kommunikasjon om SGEI, 11. januar 2012. avsnitt 50.

Kommisjonen gir her uttrykk for at tjenestene må rettes mot innbyggerne direkte eller være i samfunnets helhetlige interesse, for å kunne omfattes av begrepet. I dokumentet gis det eksempler på hva slags tjenester dette typisk gjelder. Blant annet trekkes offentlige skoler frem som aktuelle SGEI-utøvere.⁶² Samtidig gis det uttrykk for at det ikke finnes generelle tjenester som automatisk omfattes av begrepet, og at det derfor alltid må gjøres en konkret vurdering.

EU-domstolen har anledning til å overprøve bruken av SGEI-begrepet i medlemslandene, og har i motsetning til kommisjonen vært åpne for å vurdere konkrete skjønn som ligger til grunn for bruken av SGEI-tjenesten:⁶³

«In reality, the Commission avoided that question by incorrectly taking the view that the matter came within the competence of the Irish authorities and that its control was limited to a control of manifest errors on the part of those authorities in the exercise of their competence.»

Domstolen ser her til kommisjonens praksis der det gis uttrykk for at SGEI-tjenestene bare blir ansett som uforenlige med EU-avtalens (tilsvarende for EØS) regler der det foreligger «manifest errors». Denne tolkningen var ifølge EU-domstolen feil, og at det isteden måtte foretas en streng kontroll for å påse at støtteregelverket ble praktisert korrekt.

Når det gjelder tjenester som går ut på å behandle husholdningsavfall, kan det argumenteres for at de skiller seg fra andre tjenester og derfor bør omfattes av SGEI-begrepet. Hensynet til helse og miljø gjør det spesielt viktig at behandlingen av husholdningsavfallet skjer på en betryggende måte. Likevel må det skilles mellom behovet for forsvarlig avfallshåndtering, og behovet for bruken av eksklusive rettigheter/enerett. Mange private aktører vil hevde at de kan utøve avfallstjenesten forsvarlig, på lik linje med kommunale aktører. Det er likevel utvilsomt at avfallsbehandling krever spesiell oppmerksomhet, uavhengig av hvem som drifter tjenesten.

I anledning EU-domstolens sak Dusseldorp gir Advocate General Jacobs uttrykk for sin mening om hvorvidt avfallsbehandling bør falle innunder SGEI-kategoriseringen:⁶⁴

«It seems to me that a waste management function might well be said to constitute a service of general economic interest within the meaning of Article 90(2). 81 However, AVR must be shown not simply to be performing a service of general economic interest in relation to waste management but actually to have been 'entrusted' with such a service

⁶² Kommisjonens kommunikasjon om SGEI, 11. januar 2012. avsnitt 26.

⁶³ EU-domstolens avgjørelse 12. februar 2008, sak T-289/03, avsnitt 103.

⁶⁴ Opinion Of Advocate General Jacobs, 23. oktober 1997 on Dusseldorp case. Avsnitt 103.

in the sense that certain obligations are imposed on it by the State in the general economic interest. Indeed, Article 90(2) refers to the assignment of 'particular tasks' to the undertakings in question.»

Jacobs gir uttrykk for at avfallsbehandling kan være en tjeneste som faller innunder SGEI-kategoriseringen. Samtidig hevder han at det ikke er nok at det offentlige organet passivt legger til grunn at avfallsbehandlingen er en SGEI-tjeneste. For at den eksklusive rettigheten skal være omfattet av SGEI-begrepet i EØS-loven art. 59 (2), må det ved tildelingen presiseres at tjenesten er en SGEI. I tillegg må de plikter som følger den eksklusive rettigheten fremgå av tildelingen.

Fordi det er pålagt strenge krav til avfallsbehandling i norsk rett gjennom EU-direktiver, kan det være naturlig å anse avfallsbehandling som en typisk SGEI-tjeneste. Det gis stadig strengere regler for gjenvinningsprosent og forbrenning av avfall. For å imøtekomme målene gitt av EU er det derfor viktig at myndighetene har anledning til å følge opp avfallsbehandlingen. Ved å tilby virksomheter eksklusiv tilgang på avfall gjennom unntaket om SGEI-tjenester, med premiss om at avfallsbehandlingen følger gjeldende regelverk, blir statens plikter overholdt mens mottaker gis sikker tilgang på råvarer. Likevel er det samtidig slik at næringsavfall står for over 50% av alt avfall produsert i Norge.⁶⁵ Næringsavfall er konkurranseutsatt, og krav til behandling er på lik linje med husholdningsavfall regulert i direktiver. Det kan derfor se ut til at myndighetenes behov for kontroll ikke nødvendigvis betyr at tjenesten bør omfattes av SGEI-begrepet.

Praksis fra EU-domstolen viser at vilkåret om «necessary» er et sentralt moment i vurderingen av om en tjeneste kan utføres som SGEI. Vilket springer ut av det generelle kravet til proporsjonalitet som aktualiseres når unntak fra avtalens hovedregler skal vurderes. Det gis også uttrykk for krav om nødvendighet i EØS-loven art. 59 (2), idet konkurranse- og støtteregelverket bare kommer til anvendelse i den utstrekning det «ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem». Dersom fullstendig anvendelse av støtteregelverket ikke hindrer utførelse av tjenesten, er det naturlig å tolke bestemmelsen dithen at det heller ikke er nødvendig å ta i bruk SGEI-kategoriseringen. Når det gjelder spørsmålet om enerett på avfallstjenester kan omfattes av unntaket i EØS-loven art. 59 (2), må det følgelig vurderes hvorvidt den eksklusive rettigheten er nødvendig.

Nødvendighetskriteriet er oppfylt dersom tjenesten ikke kan utføres ved bruken av mindre inngripende tiltak. Ved behandling av husholdningsavfall er de rådende argumentene at SGEI

⁶⁵ <https://www.ssb.no/avfkomm>

er nødvendig for å sikre at hensynene til miljø og helse blir ivaretatt. Mottaker av SGEI-tjenesten på behandling av husholdningsavfall unngår derfor en del av støtteregeverket, men pålegges til gjengjeld krav til behandlingsmetoder. På denne måten kan, som jeg var inne på ovenfor, kommunen føre kontroll med kvaliteten av avfallstjenesten. Det er likevel også argumenter som taler for at nødvendighetskriteriet ikke er oppfylt. I store deler av Norge er det for eksempel alternative aktører som ønsker seg tilgang på husholdningsavfallet. Gjennom å konkurranseutsette avfallsbehandlingen blir ikke SGEI-unntaket aktualisert. Spørsmålet er om hensynet til miljø og helse vil bli ivaretatt i tilstrekkelig grad i tilfelle avfallskontrakter ble tildelt til private aktører.

I EU-domstolens saker med relevans for SGEI-begrepet på avfallstjenester er det tydelig at miljøaspektet gis oppmerksomhet. Hensynet til miljø må likevel ofte vurderes i sammenheng med økonomiske hensyn. Almelo-saken er illustrerende for vurderingen som må foretas. Saken omhandlet eksklusive rettigheter gitt til en strømleverandør med mål om å sikre fremtidig forsyning. Fra dommens avgjørelsesgrunnlag:⁶⁶

«Restrictions on competition from other economic operators must be allowed in so far as they are necessary in order to enable the undertaking entrusted with such a task of general interest to perform it. In that regard, it is necessary to take into consideration the economic conditions in which the undertaking operates, in particular the costs which it has to bear and the legislation, particularly concerning the environment, to which it is subject.»

I vurderingen måtte det tas i betraktning hvorvidt den eksklusive rettigheten sikret utøvelsen av tjenester som var nødvendige for å kunne tilfredsstillte generelle interesser. I den sammenheng måtte det tas i betraktning hva slags økonomiske forhold virksomheten opererte i. Spesielt viktige momenter var størrelsen på kostnadene og overholdelse av miljøregelverket. Logikken er overførbar for tjenestene avfallsselskaper utøver. For eksempel kan det være naturlig å legge vekt på det økonomiske perspektivet der myndighetene ønsker å kontrollere spesielle typer avfall. På grunn av kostnader som følger av strenge miljøregler, kan norske virksomheter ha problemer med å konkurrere med avfallsselskaper fra andre EØS-land. For å hindre at spesialavfallet blir tatt hånd om av utenlandske foretak, bør det tas med i vurderingen at de norske økonomiske forholdene gjør det vanskelig å konkurrere. Sett fra et miljørettslig

⁶⁶ EU-domstolens avgjørelse 27. april 1994, sak C-393/92 (Almelo), avsnitt 49.

perspektiv er det fornuftig at den norske aktøren tar hånd om avfallet, på bakgrunn av den strenge reguleringen.

I flere av sakene der eksklusiv tilgang på avfall er vurdert, er det et gjennomgående trekk at de offentlige myndighetene må bevise at bruken av EØS-loven art. 59 (2) er i favør av «the general interest». Miljøhensyn kan være av avgjørende vekt for å tilfredsstille dette kravet. Fra kommisjonen.⁶⁷

«This is in line with the case law of the Court, which ruled that ‘the management of a particular waste may properly be considered to be capable of forming the subject of a service of general economic interest, particularly where the service is designed to deal with an environmental problem.»

I kommisjonens avgjørelse ble behandlingen av visse typer avfall brukt som eksempel på tjenester som kan oppfylle kravene til SGEI-begrepet. I de tilfellene der tjenesten hadde som mål å løse miljøutfordringer, var SGEI-unntaket spesielt aktuelt. For vurderingen av om avfallstjenester bør omfattes av EØS-loven art. 59 (2) er spesielt tre saker som er relevante: Dusseldorp, Sydhavnens og DSD.

I Dusseldorp-saken var spørsmålet om nederlandske myndigheter kunne stanse eksporten av visse typer farlig avfall til Tyskland, og isteden sende avfallet til egne anlegg. Eksportnekten var blant annet begrunnet i at nederlandske virksomheter hadde avfallsbehandling av høyere kvalitet. Det farlige avfallet ble derfor sendt til et nederlandsk avfallsselskap som hadde blitt tildelt eksklusiv rett på behandling av avfallet. Påstanden fra nederlandske myndigheter var at den eksklusive rettigheten var tildelt spesielt med tanke på å hindre økning i prisene. Det var i tillegg behov for jevn tilgang på avfall som brensel i produksjonen. Ved brudd på denne jevne avfallsstrømmen ville det oppstå behov for å bruke mindre miljøvennlig brensel. I domspremissene ble det gitt uttrykk for at det også kunne være andre grunner til at Nederland ønsket å tildele den eksklusive rettigheten til en innlands aktør:⁶⁸

«it is plain that the object and effect of such a provision is to restrict exports and to provide a particular advantage for national production.»

⁶⁷ Kommisjonens avgjørelse 22. juni 2005, 2006/237/EC, avsnitt 77.

⁶⁸ EU-domstolens avgjørelse 25. juni 1998, sak C-203/96 (Dusseldorp), avsnitt 42.

Det var altså klart at Nederlandske myndigheter ønsket å gi egne virksomheter en fordel fremfor tyske konkurrenter. Videre ble det slått fast at tiltaket ved å nekte eksport og tildele egne anlegg avfall var å anse som en eksklusiv rettighet i samsvar med gjeldende regelverk:⁶⁹

«Such an obligation has the effect of favouring the national undertaking by enabling it to process waste intended for processing by a third undertaking. It therefore results in the restriction of outlets in a manner contrary to Article 90(1) in conjunction with Article 86 of the Treaty.»

Spørsmålet som domstolen til slutt stod igjen med var om den eksklusive rettigheten kunne rettferdiggjøres på bakgrunn av «the general interest»:⁷⁰

«Whereby a Member State requires undertakings to deliver their waste for recovery, such as oil filters, to a national undertaking on which it has conferred the exclusive right to incinerate dangerous waste ... without any objective justification and without being necessary for the performance of a task in the general interest, those rules have the effect of favouring the national undertaking and increasing its dominant position.»

Fordi avfallsbehandlingen ved det nederlandske anlegget ikke var av høyere kvalitet enn hos det tyske, var det følgelig ingen objektive grunner som talte for opprettholdelsen av den eksklusive rettigheten. Ettersom det ikke forelå objektive grunner for tiltaket, var det heller ikke nødvendig for «general interest» at det nederlandske avfallsselskapet hadde eksklusiv tilgang. Domstolen gir her uttrykk for at bruken av miljøhensyn kan være et avgjørende moment ved vurderingen av om SGEI-kategoriseringens anvendelse. Avgjørelsen viser også hvor avgjørende proporsjonalitetsprinsippet er for lovligheten av unntaket. Dersom et tiltak med konkurransevridende effekt begrunnes i miljøhensyn, må det påvises at mindre inngripende alternative fremgangsmåter ikke er tilstrekkelig. Dommen bygger imidlertid på spesielle premisser. Tildelingen av eksklusiv rettighet på farlig avfall, kombinert med myndighetenes eksportnekt, hadde en forsterkende effekt på monopolet. Det er derfor usikkert hvilken vekt avgjørelsen har som kilde for vurderingen av hvorvidt enerett på behandling av husholdningsavfall kan omfattes av SGEI-begrepet i Norge. Samtidig er det naturlig å se bruken av proporsjonalitetsprinsippet som veiledende også for norske avfallstjenester.

I EU-domstolens sak Sydhavnens kom domstolen til motsatt resultat. Saken gjaldt Københavns tildeling av eksklusive rettigheter til tre avfallsforetak i kommunen. Gjennom de eksklusive

⁶⁹ EU-domstolens avgjørelse i Dusseldorp, avsnitt 63.

⁷⁰ EU-domstolens avgjørelse i Dusseldorp, avsnitt 68.

rettighetene fikk foretakene tilgang på behandlingen av alt bygningsavfall som oppstod innen kommunens grenser. Spørsmålet domstolen stilte var om disse rettighetene kunne anses som SGEI. I dommen ble nødvendighetskriteriet oppstilt som avgjørende vurderingsmoment. Videre ble det vurdert hvorvidt de konkrete forhold som forelå kunne rettferdiggjøre nødvendigheten av tiltaket.

«Admittedly, that exclusive right had the effect of excluding even qualified undertakings wishing to enter the market, such as Sydhavnens Sten & Grus.»⁷¹

Et av argumentene som ble trukket frem var hvorvidt det fantes alternative avfallsforetak som kunne ta på seg behandlingen. Domstolen vurderte altså om det var mulig for kommunen å iverksette mindre inngripende konkurransevridende tiltak. I den videre drøftelsen ble det lagt til grunn at det ikke fantes alternative foretak på tidspunktet for sakens rettergang.

«In the absence of undertakings capable of processing the waste at issue in the main proceedings, however, the Municipality of Copenhagen considered it necessary to set up a high-capacity centre. Furthermore, in order to ensure that undertakings would be interested in participating in the operation of a high-capacity centre, it was also considered necessary to grant an exclusive right, limited in time to the period over which the investments could foreseeably be written off and in space to the land within the boundaries of the municipality.»⁷²

Fordi det ikke fantes alternative aktører på markedet som kunne behandle avfallet, anså kommunen det som nødvendig å tilby eksklusive rettigheter. Videre ble det argumentert for at slike rettigheter var nødvendig for å sikre mottakende avfallsforetak jevn flyt av avfall i fremtiden. På den måten kunne foretakene sikre at medfølgende ekstrautgifter til investeringer ble dekket. I tillegg var tiltaket tidsmessig og geografisk begrenset.

EU-domstolen kom til at de eksklusive rettighetene var nødvendige for å sikre forsvarlig behandling av bygningsavfallet på bakgrunn av de konkrete forhold som forelå. København kommune stod overfor et alvorlig miljøproblem – «*Municipality of Copenhagen was faced with what was regarded as a serious environmental problem*».⁷³ Samtidig hadde det blitt tatt hensyn til konkurranseregelverket i den forstand at de eksklusive rettighetene var begrenset til tid og

⁷¹ EU-domstolens avgjørelse 23. mai 2000, sak C-209/98 (Sydhavnens), avsnitt 79.

⁷² EU-domstolen avgjørelse Sydhavnens, avsnitt 79 annet punktum.

⁷³ EU-domstolen avgjørelse Sydhavnens, avsnitt 78.

sted. Selv om SGEI-begrepet skal tolkes snevert, gir domstolen uttrykk for at unntaket kan brukes der det er nødvendig for å sikre helse og miljø.

I DSD-saken handlet det ikke om, til forskjell fra i de foregående sakene, SGEI-tjenestens lovlighet. Spørsmålet var om en tildelt SGEI-tjeneste kunne få konkurransevridende følger på grunn av forhold ved tjenestens forpliktelser. Saken dreiet seg derfor ikke om hva slags hensyn som kunne rettferdiggjøre SGEI, men om SGEI-tjenestens premisser resulterte i en konkurransevridende effekt.

DSD driftet «take-back» og gjenvinningstjenester over store deler av Tyskland, og hadde i den sammenheng fasiliteter og søppelkasser utplassert i store deler av landet. I tillegg var DSD forpliktet på vilkår for SGEI-tildeling, til ikke å forhindre andre avfallsforetak fra å inngå kontrakter med konkurrenter om bruk av disse fasilitetene. DSD mente derfor at siden forpliktelsen ville la konkurrentene få gratis tilgang på utstyr, ville de få et konkurransefortrinn til skade for DSD – «*shared use would lead to distortions of competition to the detriment of DSD by enabling organisations competing with DSD to free-ride on its system.*»⁷⁴ Domstolen kom likevel til at det ikke forelå beviser som underbygget DSD sine anførsler.⁷⁵

«Contrary to the applicant's claim in the context of the present plea in law ... in no way proves that the contested decision threatens the attainment, on economically acceptable conditions, of the take back and recovery service entrusted (SGEI) in the DSD system.»

Domstolen gir uttrykk for at forpliktelser pålagt en SGEI-tjeneste for å begrense dens innflytelse på markedet for øvrig, må aksepteres dersom det ikke kan bevises at forpliktelsen har en konkurransevridende effekt til skade for SGEI-tjenesten. Avgjørelsen viser at godkjente SGEI-avfallstjenester ikke har uforbeholden rett til innhugg i markedet den opererer i. SGEI-tjenesten kan være godtatt på vilkår som reduserer dens konkurransevridende effekt, og disse vilkårene må respekteres selv om det betyr at konkurrenter kan operere til skade for SGEI-mottaker.

⁷⁴EU-domstolens avgjørelse 24. mai 2007, sak T-289/01 (DSD), avsnitt 204.

⁷⁵EU-domstolens avgjørelse DSD, avsnitt 208.

6.2.2 Tildeling av SGEI-tjenesten. Formkrav (10)

Det er ikke tilstrekkelig at tjenester som omfattes av unntaket i EØS-loven art. 59 (2) (SGEI) kan rettferdiggjøres. Tildelingen av enerett fra kommunen må også oppfylle en rekke formkrav som har til hensikt å sikre at grunnlaget for SGEI-tjenesten og dens eksklusive rettigheter kan overprøves. Et av grunnprinsippene i EØS-avtalen er å sikre at konkurranse foregår på like premisser, jf. EØS-loven art. 1. SGEI-tjenester gjør et innhugg i dette utgangspunktet. Det er derfor viktig for den reelle gjennomføringen av EØS-avtalens konkurranse- og støtteregulering at unntaket om SGEI-tjenester ikke blir utnyttet. Slik utnyttelse kan i stor grad hindres ved at tildelingsprosessen reguleres. Ved å innføre regler som sikrer god dokumentasjon, blir prosessen transparent og overprøvbar.

I kommisjonens kommunikasjon er det inntatt minstekrav til form og innhold i tildelingen. Kommisjonen tar her utgangspunkt i Altmark-dommen. Altmark-kriteriene blir behandlet i kapittel 7.5.3 nedenfor, men for fremstillingens del er det likevel hensiktsmessig å gjengi deler her. Formkravene siteres ordrett:⁷⁶

«The public service task must be assigned by way of an act that, depending on the legislation in Member States, may take the form of a legislative or regulatory instrument or a contract. It may also be laid down in several acts. Based on the approach taken by the Commission in such cases, the act or series of acts must at least specify:

- (a) the content and duration of the public service obligations;
- (b) the undertaking and, where applicable, the territory concerned;
- (c) the nature of any exclusive or special rights assigned to the undertaking by the authority in question;»

Kommuner som ønsker å tildele SGEI-tjenester bør ha oversikt over hvilke krav som stilles til gjennomføringen. De konkrete formkravene som kommisjonen gir uttrykk for er ikke gitt i norsk lov, og er derfor ikke bindende for norske avfallsaktører direkte. Den konkrete formuleringen som fremgår i kommisjonens kommunikasjon er av samme grunn ikke avgjørende. Dersom hensynene bak vilkårene kan imøtekommes på andre måter, må det antas at SGEI-tjenesten kan være forenlig med EØS-avtalen. Det er likevel en kjensgjerning at bestemmelsen i EØS-loven art. 59 (2) er en ordrett kopi av EU-rettens TEUV 106 (2). EFTA-

⁷⁶ Kommisjonens kommunikasjon om SGEI, 11. januar 2012. Kapittel 3.3 «Entrustment act», avsnitt 52.

og EU-domstolen retter seg etter hverandre for å sikre at rettstilstanden er sammenfallende. Regelverket bør håndheves likt, og det er derfor å anbefale at norske avfallsaktører følger retningslinjene som blir gitt av EU-domstolen.

6.2.3 SGEI-begrepet oppsummert

EU-domstolens praksis viser at vurderingen av SGEI-begrepets anvendelse bygger på en fin balansegang mellom ulike hensyn. I avgjørelsene er det visse momenter som stadig dukker opp, og derfor er særlig relevante ved vurderingen. Et grunnleggende utgangspunkt for vurderingen er å undersøke om mottaker og tilbyder av den eksklusive rettigheten har vært bevisste på bruken av SGEI-begrepet. Videre må det foretas en helhetlig vurdering av nødvendigheten. Dersom tiltak med mindre inngripende effekt i konkurranseregelverket kan anvendes, taler det for at nødvendighetskriteriet ikke er oppfylt. Av interesse for vurderingen kan være om mottaker opererer under spesielle økonomiske forhold. I en rekke saker ser en også at helse- og miljøhensyn ofte har relativt stor innflytelse på argumentasjonen. I hvilken grad slike hensyn får gjennomslagskraft, vil ofte bero på hvor presserende hensynet gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Desto mer alvorlige helse- og miljøproblemer en står overfor, desto lavere ser terskelen ut til å bli for anvendelsen av SGEI-tjenester.

Andre aktuelle vurderingsmomenter for å undersøke lovligheten av SGEI-tjenester er:

- Skiller tjenesten seg fra andre økonomiske aktiviteter ved at den inneholder spesielle karakteristikk? Som uttalt av EU-domstolen:⁷⁷
 - «General economic interest exhibiting special characteristics as compared with the general economic interest of other economic activities».
- Er det spesielle hensyn som gjør seg gjeldende? For eksempel hensynene til miljø og helse. Fra Kommisjonen:⁷⁸
 - «*Particularly where the service is designed to deal with an environmental problem.*»
- Er tjenesten nødvendig? Finnes det andre aktører på markedet som kan tilby samme tjeneste uten å gjøre innhugg i forbudet mot statsstøtte? Fra EU-domstolen:⁷⁹

⁷⁷ EU-domstolens avgjørelse 10. desember 1991, sak C-179/90, avsnitt 27.

⁷⁸ Kommisjonens avgjørelse 22. juni 2005, 2006/237/EC, avsnitt 77.

⁷⁹ EU-domstolens avgjørelse 20. februar 2001, sak C-205/99, avsnitt 40.

- «A real public service need arising from the inadequacy of the regular transport services under conditions of free competition can be demonstrated».
- Er tjenesten rettet mot innbyggerne eller i samfunnets generelle interesse? Fra Kommisjonen:⁸⁰
 - «SGEIs must be addressed to citizens or be in the interest of society as a whole».

I tillegg må tildelingen av SGEI-tjenesten oppfylle visse formkrav som gjennomgått ovenfor i kap. 6.2.2.

7 ENERETT PÅ BEHANDLING AV HUSHOLDNINGS- AVFALL I LYS AV STØTTEREGELVERKET

7.1 INNLEDNING

Støtteregulverket regulerer i hvilken utstrekning medlemslandene kan gi offentlig støtte til næringsvirksomheter innenfor sine landegrensar. Støtte kan gis som direkte kontantstøtte eller i form av indirekte goder som f.eks. skattefritak. Den mottakende virksomheten vil, uavhengig av støttemetode, få en fordel fremfor konkurrerende aktører på markedet. Denne fordelingen kan være nødvendig og uproblematisk, men òg uheldig og ulovlig.

I dette kapitlet er det støtteregulverket i EØS-avtalen som blir drøftet. Bakgrunnen for EØS-avtalens strenge statsstøtteregler er å sikre effektiv gjennomføring av avtalens formål – like konkurransevilkår for virksomhetene i medlemslandene. Fra EØS-avtalens art. 1:

«Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler».

⁸⁰ Kommisjonens kommunikasjon om SGEI, 11. januar 2012, avsnitt 50.

Poenget er altså å skape et overnasjonalt støtteregelvek som styrker handelen på tvers av medlemslandene. Uten EØS-avtalen ville ikke Norge hatt begrensninger i sin støttepolitikk, og støtte til avfallsbehandling hadde vært uproblematisk.

I dette kapittelet behandles hovedreglene og unntakene fra reglene om statsstøtte i EØS-avtalen med henblikk på kommunal enerettstildeling. Først vurderes vilkårene for når virksomheter med monopol kan motta statsstøtte. Deretter blir det gjort en gjennomgang av det generelle utgangspunktet om forbud mot statsstøtte i EØS-loven art. 61 (1). Krysssubsidiering er et eksempel på støtte som faller innunder dette forbudet, og blir behandlet i kapittel 7.4. Til slutt gjøres det rede for når støtte til SGEI-tjenester er lovlig.

7.2 ER ENERETTSHAVER UNNTATT STØTTEREGELVERKET? (9)

7.2.1 Vilkår for når eneretten er unntatt støtteregelvek (9)

Enerettshaver utøver en tjeneste som ikke andre aktører på markedet kan konkurrere om å få utøve. Aktører med enerett kjennetegnes ved at de har monopol på en vare eller tjeneste.

Fordi monopolet avskjærer andre aktører fra å tilby samme vare eller tjeneste, eksisterer det ikke et marked som kan påvirkes. Det vil følgelig ikke oppstå spørsmål om støtten faller innunder forbudet mot statsstøtte i EØS-loven art. 61 (1) (se kap. 7.3). Vilkåret om at støtten må påvirke konkurransen (kap. 7.3.6) vil for eksempel ikke være oppfylt. Selv om støtten i slike tilfeller ikke omfattes av det generelle forbudet mot statsstøtte i EØS-loven art. 61 (1), står ikke medlemslandene fritt til å subsidiere monopoler. I dette kapittelet blir de EØS-rettslige vilkårene for støtte til monopoler behandlet.

Vinmonopolet er et illustrerende eksempel på et selvstendig organ med monopol. Vinmonopolet er i alkoholloven og vinmonopolloven gitt eksklusive rettigheter til å drive handel med alkohol. Stortinget har vedtatt at alkohol må omsettes av én utvalgt aktør av hensyn til folkehelse osv. Slike hensyn kan i noen tilfeller rettferdiggjøre innhugg i utgangspunktet om fri konkurranse. Midler som gis til drift av Vinmonopolet kan ikke påvirke markedet, fordi det ikke eksisterer et marked. Vinmonopolet kan derfor motta økonomisk støtte fra staten, og det vil aldri bli et spørsmål om støtten faller innunder forbudet mot statsstøtte.

Medlemslandene må imidlertid følge EØS-avtalens regler for gjennomføring av monopolutøvelse. Eksklusive rettigheter står i sterk kontrast til EØS-avtalens mål om fri konkurranse. Derfor er det avgjørende for lovligheten av statsstøtte til en monopolvirksomhet, at utøvelsen er transparent og velbegrunnet. I forlengelsen av dette er det fire vilkår som må være oppfylt. Disse vilkårene kommer blant annet til uttrykk i praksis fra EU-domstolen,⁸¹ men er òg samlet i arbeidsdokumenter for EU-kommisjonen.⁸²

Det første vilkåret går ut på at tjenesten ikke må være i konkurranse med andre tjenester. Konkurransen mellom aktører på markedet må altså faktisk være ekskludert. Dette vilkåret er som regel uproblematisk å vurdere.

For det andre må kryssubsidiering av tjenester være ekskludert. Kort fortalt betyr kryssubsidiering at støtte gitt til en enerettshaver også smitter over på det frie marked. Dette vilkåret behandles i kapittel 7.4 fordi det også omfattes av det generelle forbudet mot statsstøtte.

For det tredje må ikke konkurranse bare være avskåret på markedet, men også for markedet. Konkurranse om å kunne bli den eksklusive tjenesteyteren, må altså være avskåret. Det kan for eksempel ikke holdes anbudsrunder om å få tilgang på en enerett.

For det fjerde må eneretten være et «legal monopoly». I dette ligger det at monopolet må ha grunnlag i lov.

For kommunal avfallsbehandling i Norge er det spesielt det fjerde vilkåret om hjemmelskrav som er aktuelt å vurdere. I det videre blir derfor kravet til «legal monopoly» drøftet opp mot dagens enerettshjemmel, for å undersøke om norsk avfallspraksis er forenlig med kravene i EØS-retten.

7.2.2 Eneretten må ha grunnlag i lov (9)

I dette kapittelet behandles kravene EØS-retten stiller til lovhjemmelen for tildeling av enerett. Begrepet «lovhjemmel» viser til en konkret vedtatt lov fra Stortinget. Et eksempel på «lovhjemmel» er forurensningsloven § 30 om kommunenes ansvar for innsamling av avfall.

⁸¹ EU-domstolens avgjørelse 19. desember 2019, sak C-385/18, avsnitt 3.

⁸² https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_waste_en.pdf, side 3.

Forskriftsbestemmelser anses også som «lovhjemmel». Grunnen til dette er at forskrifter er et resultat av delegert lovgivningsmyndighet.

Det faktum at en enerett må ha lovhjemmel, er et grunnleggende premiss for enerettsmottakende avfallsvirksomhet. Ikke bare innebærer lovhjemmelen aksept til å yte tjenesten, men den fungerer som forsikring for fremtidig drift. Forutsigbarheten ligger i at staten håndhever og beskytter den eksklusive rettigheten (enerett/monopol).

Kravet til at eneretten må ha grunnlag i lov kan fremstå som et enkelt vilkår. I melding til Stortinget 21. juni 2017⁸³ ble rammevilkårene for kommunenes avfallshåndtering behandlet. Kommunenes delegering av enerett til andre ble omtalt som en praksis i Norge.⁸⁴ Hjemmelskravet for å tildele enerett ble imidlertid ikke problematisert i meldingen.

Det kan oppstå interessante problemstillinger når lovhjemmelens rettmessighet vurderes opp mot reglene i EØS-regelverket. Vurdering av en lovhjemmels rettmessighet må foretas konkret i hvert tilfelle. Et eksempel på en slik konkret vurdering kan være om lovhjemmelen for delegasjon av eneretter på behandling av husholdningsavfall er forenlig med EØS-loven.

For avfallsvirksomheter som tildeles enerett på behandling av husholdningsavfall, er det anskaffelsesforskriften § 2-3 som blir brukt som primær lovhjemmel. I bestemmelsen heter det at:

«Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.»

Bestemmelsen åpner for at alle «tjenestekontrakter» kan være unntatt anskaffelsesforskriften/-loven, så fremt mottaker har enerett. Begrepet «tjenestekontrakter» gjorde jeg rede for i kapittel 5.4. Kort fortalt omfatter «tjenestekontrakter» alle kontrakter som ikke omhandler bygg- og anleggstjenester. Hjemmelsgrunnlaget for tildeling av eneretter på husholdningsavfall i anskaffelsesforskriften § 2-3, er utformet som en generell bestemmelse: Det må foreligge en kontrakt, og mottaker må være enerettshaver. Spørsmålet som må stilles er om en slik generell ordlyd er tilstrekkelig presis og tilfredsstillende kravene i EØS-retten.

⁸³ Klima- og miljødepartementet 21. juni 2017, melding til Stortinget, Meld. St. 45, Avfall som ressurs – avfallspolitikk og sirkulær økonomi.

⁸⁴ Klima- og miljødepartementet 21. juni 2017, melding til Stortinget, Meld. St. 45, Avfall som ressurs – avfallspolitikk og sirkulær økonomi. Kap. 3.4. S. 20-22.

I et arbeidsdokument for kommisjonen⁸⁵ gis det uttrykk for hva som kreves av lovhjemmelen:

«A legal monopoly exists where a given service is reserved by law or regulatory measures to an exclusive provider, with a clear prohibition for any other operator to provide such service (not even to satisfy a possible residual demand from certain customer groups). However, the mere fact that the provision of a public service is entrusted to a specific undertaking does not mean that such undertaking enjoys a legal monopoly.»

Arbeidsdokumentet gir uttrykk for at lovhjemmelen må inneholde informasjon om hvilke konkrete eksklusive rettigheter monopolet omfatter, samtidig som mottaker identifiseres. I tillegg må fremgå et klart forbud mot at andre aktører tilbyr samme tjeneste.

Vinmonopolets hjemmel i alkoholloven § 3-1 første ledd om enerett på salg av visse typer alkohol er et godt eksempel på hvordan kravene kan oppfylles:

«Salg av alkoholholdig drikk gruppe 2 og 3 kan bare foretas av AS Vinmonopolet på grunnlag av kommunal bevilling, eller på grunnlag av tillatelse som nevnt i § 3-1a eller bevilling etter § 3-1b.»

I lovteksten konkretiseres hvilke varer Vinmonopolet har eksklusiv rett til å distribuere. Selv om kommunen råder over bevillingene, er den bundet av at Vinmonopolet er eneste lovlig mottaker av bevillingen. Vinmonopolet har således monopol på salg av alkoholholdige drikker innenfor «gruppe 2 og 3», mens det er kommunen som vurderer behovet for utsalgssteder.

Når det gjelder mottakende avfallsvirksomheters enerett på husholdningsavfall, er fremgangsmåten en annen. Kommunenes angivelige hjemmel for å tildele lovlig monopol til alternative rettssubjekter er anskaffelsesforskriften § 2-3. Samtidig begrunnes behovet for monopol i kommunenes ansvar etter forurensningsloven §§ 30 (1) og eksklusive kontroll etter 30 (3). I en rekke tilfeller er det derfor ikke åpenbart hvilken lovhjemmel som brukes for å hjemle tildelingen av enerett.

Ansvar i forurensningsloven § 30 (1) har i utgangspunktet funksjon som pliktregel for kommunen. At «kommunen skal sørge for innsamling av husholdningsavfall» jf. forurensningsloven § 30 (1) kan vanskelig tolkes dithen at den bidrar til en oppfyllelse av vilkåret om presisjon i hjemmelskravet. Kommunens ansvar om å sikre avfallsbehandling er

⁸⁵ https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_waste_en.pdf, fotnote nr. 7.

begrunnet i miljø- og helsehensyn, og bør ikke forveksles med begrunnelse og grunnlag for konkurransevridende tiltak. Ansvar for innsamlingen av husholdningsavfallet fungerer antagelig mer som et faktisk incitament for å tilby enerett. Ved å tilby enerett vil jo kommunen sikre seg at ansvaret blir oppfylt.

I forurensningsloven § 30 (3) reguleres kommunens kontroll over avfallsbehandlingen. I bestemmelsen heter det at «uten kommunens samtykke må ingen samle inn husholdningsavfall». Bestemmelsen ser derfor ut til å hjemle kommunens egen enerett til husholdningsavfallet, og er ikke en hjemmel for delegasjon av enerett. Fra forarbeidene fra forurensningsloven heter det at:⁸⁶

«Tredje ledd annet punktum fastsetter i likhet med utredningen kommunalt monopol for forbruksavfall som omfattes av kommunal renovasjon, og medfører at andre som samler inn avfall, må ha samtykke fra kommunen til å gjøre det. Kommunen bør stå fritt til å nekte samtykke med den begrunnelse at det vil redusere lønnsomheten av den kommunale renovasjon om det mest verdifulle og lettest gjenvinnbare avfall blir tatt ut på forhånd.»

I forarbeidene gis det uttrykk for at målet med forurensningsloven § 30 (3) er å gi kommunene monopol på «forbruksavfall» (husholdningsavfall). Bestemmelsen gir kommunen eksklusiv rett til å råde over husholdningsavfallet som produseres innenfor kommunens grenser. Andre aktører som ønsker å tilby behandling av husholdningsavfall må følgelig ha kommunens tillatelse. Det er likevel få holdepunkter som tilsier at forurensningsloven § 30 (3) kan fungere som hjemmel for å tildele andre aktører en enerett. Grunnen er at det kreves identifisering av mottaker i enerettshjemmelen, samt uttrykk for at andre konkurrenter er avskåret. Ettersom forurensningsloven § 30 (3) begrenser seg til å utpeke kommunen som enerettshaver, vil en adgang til å delegerer enerett til andre offentlige foretak måtte bygge på en utvidende eller analogisk tolkning. En slik tolkning vil neppe anses forenlig med EU-rettens hjemmelskrav. Bestemmelsen i forurensningsloven § 30 (3) kan følgelig ikke fungere som hjemmel for å tilby andre aktører enerett på behandling av husholdningsavfall, men den kan gi kommunen anledning til å inngå kontrakter. Det er i den sammenheng viktig å skille mellom kontrakts-eksklusivitet og faktisk monopol. En kommune har for eksempel anledning til å sette

⁸⁶ Ot.prp.nr.11 (1979–1980) Om lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven), kapittel 14, underkapittel 5 om avfall til § 31 (30).

behandling av husholdningsavfall ut på anbud, og derfor gi fra seg kontrakts-eksklusivitet. Det vil si at vinner av anbudsrunden får eksklusiv tilgang på kontraktens premisser.

Fordi hverken forurensningsloven §§ 30 (1) eller 30 (3) underbygger kommunenes adgang til å tilby andre aktører enerett, må det vurderes hvorvidt anskaffelsesforskriften § 2-3 alene kan være en hjemmel.

I en relativt ny dom⁸⁷ fra EU-domstolen (19. desember 2019) ble hjemmelskravet behandlet. Spørsmålet i saken var hvorvidt overføringen av et offentlig eid togselskap med finansielle problemer, sammen med støtte til et annet offentlig eid togselskap, var omfattet av forbudet mot statsstøtte i TEUV art. 107 (1) (EØS-loven art. 61 (1)). Konklusjonen var at tiltaket ble ansett som statsstøtte og derfor var omfattet av forbudet.

EU-domstolen gir i avgjørelsen uttrykk for generelle retningslinjer som også er av interesse for organiseringen av avfallsvirksomheter i Norge. Når det gjelder kravet til hjemmelen for monopol i forbindelse med statsstøtte er det særlig ett avsnitt som er av interesse:⁸⁸

«However, in order to establish that this was a market for which competition was excluded, it would be necessary to show that the Apulia Region was required, by legislative or regulatory measures, to award the operation of that infrastructure and those services exclusively to that undertaking.»

Det er altså krav om «legislative or regulatory measures» for at eneretten skal kunne avskjære muligheten for konkurranse. Professor Phedon Nicolaides uttrykker i et nettidsskrift⁸⁹ at i uttrykket «legislative og regulatory» ligger det et krav om lovhjemmel. Uten lovhjemmel som direkte markerer hvilken avfallsvirksomhet som gis monopolrettigheter, kan det følgelig heller ikke sikres at markedet forblir upåvirket av tjenesten.

Når det gjelder anskaffelsesforskriftens utforming i § 2-3, må det vurderes konkret hvorvidt ordlyden imøtekommer kravene EU-domstolen gir uttrykk for. Bestemmelsen gir i første punktum uttrykk for at konkurranseloven og forskriften ikke kommer til anvendelse på tjenestekontrakter der mottaker har enerett til å utføre tjenesten. Her gis det altså hverken uttrykk for hvem som er direkte mottaker av eneretten, eller hvilke vilkår som må oppfylles for å kunne tildele enerett.

⁸⁷ EU-domstolens avgjørelse 19. desember 2019, sak C-385/18.

⁸⁸ EU-domstolens avgjørelse 19. desember 2019, sak C-385/18, avsnitt 58 annet punktum.

⁸⁹ Phedon Nicolaides, 14.01.2020, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9596>, under avsnitt om monopol.

I anskaffelsesforskriften § 2-3 annet punktum er det imidlertid inntatt vilkår om at eneretten må være tildelt ved lov, forskrift eller forvaltningsvedtak, og for øvrig oppfylle kravene etter EØS-avtalen. At eneretten må være forenlig med EØS-avtalen er unødvendig å ta inn i ordlyden. All lovgivning og forvaltning i Norge som er omfattet av EØS-avtalen, må naturligvis være forenlige med avtalens vilkår. For å gjøre bestemmelsen tydeligere kunne relevante vilkår for enerettstildelingen, som for eksempel vilkår utviklet i praksis fra EU-domstolen, bli tatt inn i bestemmelsen.

Bruken av anskaffelsesforskriften § 2-3 som hjemmel for enerettstildeling til avfallsvirksomheter fremgår i praksis ofte bare som en henvisning til bestemmelsen. Kommunestyret vedtar typisk tildelingen til et konkret anlegg som et «forvaltningsvedtak» i samsvar med § 2-3. Anskaffelsesforskriften § 2-3 er tilsynelatende dermed oppfylt. Fremgangsmåten fremstår imidlertid som selvopplyllende, og uten faktisk grunnlag i lov. Grunnen er denne: Anskaffelsesforskriften § 2-3 krever at «tjenestekontrakter» inngås med en som «har en enerett». En tildeling av enerett fra kommunen må nødvendigvis skje i form av et vedtak i samsvar med forvaltningsloven, jf. § 2 a. Anskaffelsesforskriften § 2-3 krever at dette må adressere en som forut for vedtaket allerede er tildelt en enerett på det aktuelle området. Å tildele en enerett uten at det allerede eksisterer en lovhjemmel som utpeker aktøren, fremstår som bygget på et sirkelresonnement utledet av § 2-3, og tilfredsstillende neppe EØS-rettens krav. Det er ikke mulig å etablere et enerettsområde og tildele enerett i ett og samme «forvaltningsvedtak».

Det må foreligge en lovhjemmel som på forhånd utpeker en konkret aktør, og samtidig avskjærer andre aktører. I en sak fra EU-domstolen 29. juli 2019⁹⁰ ble spørsmålet om lovhjemmel i forbindelse med enerett aktualisert. Saken omhandlet hvorvidt ANM, et foretak med eksklusiv rett til å håndtere offentlig transport i kommunen, hadde blitt tildelt statsstøtte i strid med forbudet i TEUV 107 (1) (tilsvarende EØS-loven art. 61 (1)). Støtten var gitt i form av en reduksjon i utgifter til «social security contributions»⁹¹. I dommen gis det uttrykk for at en fremgangsmåte hvor kommunen etablerer enerett for aktøren, samtidig som den står fritt til å tildele eneretten til andre aktører, ikke kan aksepteres:⁹²

«However, there is no evidence in that file that the municipality of Naples was required, by legislative or regulatory measures, to award those services exclusively to that

⁹⁰ EU-domstolens avgjørelse 29. juli 2019, sak C-659/17.

⁹¹ EU-domstolens avgjørelse 29. juli 2019, sak C-659/17, avsnitt 43.

⁹² EU-domstolens avgjørelse 29. juli 2019, sak C-659/17, avsnitt 38.

undertaking, with the result that it appears that it would also have been free to award those services to another service provider, including through the organisation of a public procurement procedure in which operators from other Member States could have participated, as the Italian Government submitted before the Court.»

Det må følgelig foreligge et regelverk på forhånd av tildelingen. Det er ikke tilstrekkelig at kommunen i ettertid dokumenterer at mottakervirksomheten er konkretisert i forvaltningsvedtaket – hvilket synes å være dagens praksis når norske kommuner tildeler enerett på avfallsområdet.

EU-domstolens argument om at kommunen ikke var pålagt å tildele rettighetene til en konkret aktør, henger nært sammen med neste vilkår: At konkurransen ikke bare må være avskåret på markedet, men også *for* markedet.

Kommunen i saken kunne ikke bevise at den var pålagt å gi de eksklusive rettighetene til den valgte virksomheten. Domstolen kom derfor til at kommunen også i realiteten var fri til å gi rettighetene til andre foretak, deriblant foretak fra andre EU-land. Når relevante tjenestetilbydere i teorien kunne tildeles de eksklusive rettighetene, var ikke konkurransen avskåret for markedet. Enerettsvilkårene for å unngå statsstøttereguleringen var dermed ikke oppfylt, med den konsekvens at støtten kunne ha markedsvridende og grenseoverskridende effekt. Vilkårene om at hjemmelen må være klar, henger dermed ifølge avgjørelsesgrunnlaget sammen med vilkåret om avskåret konkurranse. Grunnen er at når hjemmelen ikke er klar, åpner den for at andre aktører kan få tilgang på tjenesten.

For norske kommuner er den samme problemstillingen aktuell. Kommunene tildeler enerett på behandling av husholdningsavfall på bakgrunn av hva som anses mest hensiktsmessig. Ettersom kommunen ikke er pålagt i lov om å tildele eneretten til et konkret foretak, står den altså fritt til å velge andre fremgangsmåter. For eksempel kan avfallstjenesten settes ut på anbud. Hjemmelen er altså ikke tilstrekkelig konkret. I en slik anbudsprosess åpnes det for at foretak fra andre EØS-land kan være med å konkurrere. Dersom EØS-baserte virksomheter potensielt kan være tilbyder, er vilkåret om avskåret konkurranse ikke oppfylt. Et eksempel som illustrerer hvordan en slik anbudsprosess kan foregå i praksis, er toglinjene hvor det ble åpnet for konkurranse i Norge. Tilbydere fra andre EØS-land deltok i denne prosessen.

I dag er virksomheter som opererer på avfallsmarkedet i EØS avskåret fra å få tilgang på husholdningsavfall der norske kommuner har tildelt enerett. Samtidig oppfyller ikke enerettshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 2-3 kravene til klarhet som er utviklet i EU-

domstolen. Det kan også diskuteres om konkurransevilkåret (for markedet) er praktisert korrekt. Ettersom vilkårene henger såpass nært sammen, er det mye som tyder på at det også foreligger mangler ved norsk praksis på dette punkt. Vilråene for enerettstildeling er imidlertid kumulative - alle vilråene må være oppfylt for å unngå at støtteregeilverket får anvendelse. Det er derfor ikke nødvendig å konkludere med brudd på mer enn ett av disse vilråene.

På grunn av manglende konkretisering i anskaffelsesforskriften § 2-3, er det risiko for at Norges praksis om tildeling av enerett ikke er forenlig med EØS-avtalen. Konsekvensen av dette er at støtteregeilverket kommer til anvendelse med full tyngde. Dersom mottaker er omfattet av unntaket om SGEI-tjenester i EØS-loven art. 59 (2), er støtteregeilverkets anvendelse likevel begrenset. Se kapittel 6.2 om SGEI.

For å oppsummere. Forurensningsloven §§ 29 og 30 hjemler tilsynelatende ikke delegasjon av eneretter på behandling av husholdningsavfall. Det er kommunenes eksklusive ansvar på behandling av avfall som fremgår av disse bestemmelsene. Kommunenes myndighet til å tildele monopolrettigheter, kan derfor sannsynligvis ikke innfortolkes i ordlyden. For at delegasjon av enerett skal anses forenlig med EØS-avtalen kreves det ytterligere presisjon (jf. drøftelsen i dette kapittelet). Stortingets fremgangsmåte for å sikre behandling av avfall skjer gjennom fordeling av ansvar med mål om å forebygge miljøskadelig aktivitet. Ansvaret som pålegges kommunene i forurensningsloven § 30 må følgelig ikke forveksles med en delegasjonsmyndighet av enerett.

7.3 HOVEDREGELEN I EØS-AVTALEN ARTIKKEL 61 (1) (13)

7.3.1 Innledning

På bakgrunn av analysen i kapittel 7.2.2 om at enerettsmottakende avfallsselskaper i Norge ikke nødvendigvis er avskåret fra støtteregeilverket, må støtte til slik foretak vurderes opp mot støtteforbudet i EØS-loven art. 61 (1).

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

EØS-avtalen art. 61 (1) angir hovedregelen om at statsstøtte er uforenlig med reglene om de fire friheter. Dersom en virksomhet mottar statsstøtte etter art. 61 (1), må støtten være regulert av en unntakshjemmel for at den skal være forenlig med EØS-avtalen. Bakgrunnen for hovedregelen er å sikre at markedsaktørene opererer på like vilkår innad i EØS. Art. 61 (1) tilsvarer TEUV art. 107 (1).

Innsamling og behandling av husholdningsavfall blir ofte utført av virksomheter med enerett. Slike selskaper blir i noen tilfeller kategorisert som utøvere av SGEI-tjenester (services of general economic interest i TEUV art. 107). SGEI tilsvarer foretak som utfører tjenester av «almen økonomisk betydning» jf. EØS-loven art. 59 (2). Slike selskaper er unntatt regelverket i EØS-avtalen så fremt reglene hindrer selskapet i å utføre oppgavene som er tillagt dem. Hvilke selskaper som faller innunder denne kategorien ble behandlet i kapittel 6.2 om SGEI. Oppsummert kan det nevnes at et foretak tradisjonelt anses som SGEI fordi staten selv har bestemt det. Her gis det altså en skjønnsmargin til hvert enkelt EØS-land. Likevel er det visse grenser for hva som tillates som SGEI av EU-domstolen.

Støtteforbudet i art. 61 (1) kommer til anvendelse på virksomheter regulert som SGEI i art. 59 (2), dersom det ikke hindrer utøvelsen av virksomheten. I EØS-loven art. 59 (2) er det gitt uttrykk for viktigheten av at regelverket omfatter SGEI:

«Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning ... skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem.»

Forbudet i art. 61 (1) er imidlertid såpass strengt at det ofte vil hindre utøvelsen av tjenestene til avfallsvirksomheter som driver på bakgrunn av enerett, og som faller innunder regelverket om SGEI. Anvendelsen av art. 61 (1) overfor SGEI-tjenester er derfor begrenset til å kun gjelde så lenge utøvelsen av tjenesten ikke blir hindret. I Altmark-saken ble temaet behandlet. Avgjørelsen gir veiledning om når støtte til SGEI-foretak anses som forenlig med støtteforbudet i art. 61 (1). Altmark-saken behandles i eget kapittel 7.5.3. For enerettsmottakende avfallsselskaper kan det derfor være hensiktsmessig å kategorisere tjenestene som SGEI for å unngå deler av støtteregelverket. Avfallsselskaper som derimot ikke driver på bakgrunn av en enerett, eller kun har enerett for deler av tjenestene, er omfattet av det generelle forbudet i art. 61 (1).

Unntak fra hovedregelen i EØS-loven art. 61 (1) er inntatt i blant annet art. 61 (2), art. 59 (2) og art. 63. Spørsmålet om statsstøtte faller innunder unntaksreglene, og dermed aksepteres EØS-rettslig, må i utgangspunktet vurderes konkret i hvert tilfelle i lys av den aktuelle unntakshjemmelen. EU-kommisjonen har imidlertid utarbeidet en gruppeunntaksforordning⁹³(13). Forordningen gir standardiserte unntak fra hovedregelen om støtteforbud. Unntakene er typisk oppstilt som makssummer som avgrenser mot bagatellmessige støtteordninger. Målet med gruppeunntakene er å lage et mer oversiktlig regelverk, forenkle prosessene og skape uniform tilnærming til støttespørsmålet der forordningen får anvendelse. Resultatet er mer kostnadseffektive og forutberegnelige metoder for å gi støtte. Gruppeunntaksforordningen er relevant i praksis, men det vil føre for langt å gjøre rede for den i denne avhandlingen.

I de tilfellene der gruppeunntaksforordningen ikke kommer til anvendelse, må det vurderes om støtten omfattes av ett av de øvrige unntakshjemlene. Det første steget i denne prosessen er å slå fast at støtten faller innunder hovedregelen i art. 61 (1), som forbyr statsstøtte. For at støtte skal falle innunder ordlyden i art. 61 (1) om «statsstøtte», må seks vilkår oppfylles: Støtten må være gitt av statsmidler, mottaker må være et foretak, mottaker må begunstiges, støtten må være rettet mot konkrete foretak, støtten må vri/true med å vri konkurransen og støtten må være egnet til å påvirke samhandel over landegrensene.

Når virksomheter begrenser sine tjenester til det som omfattes av en lovlig enerett på behandling av husholdningsavfall, kommer ikke art. 61 (1) til anvendelse. Grunnen er at tjenestene i slike tilfeller ikke utøves på det frie marked. Vilkåret om konkurransevridning (kap. 7.3.6) vil for eksempel ikke være oppfylt. Likevel er det hensiktsmessig å gjøre rede for vilkårene i art. 61 (1) fordi det i praksis er vanlig at enerettshaver også for en del av virksomheten tilbyr tjenester som er konkurranseutsatt. Dessuten blir forbudet mot statsstøtte også aktualisert hvis eneretten ikke oppfyller vilkårene i EØS-retten (9) (se kap. 7.2), samtidig som vilkårene for støtte til SGEI-tjenester ikke er oppfylt (11) (se kap. 7.5).

Vilkårene i EØS-loven art. 61 (1) blir behandlet hver for seg.

⁹³ Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014, declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty.

7.3.2 Art. 61 (1). Støtten må være gitt av statsmidler (13)

«Støtte gitt av statsmidler i enhver form» angir hovedregelen om hva slags støtte forbudet omfatter og hvilke organer som er avskåret fra å kunne gi slik støtte. Dersom en privat aktør med sine egne midler ønsker å gi en annen næringsdrivende økonomisk hjelp, står denne fritt til å gi støtte. Forbudet gjelder kun støtte gitt fra staten til foretak. I utgangspunktet omfatter ordlyden alle typer støttemidler som finansieres av det offentlige.

«Statsmidler» betyr at støtten må ha opprinnelse i staten. Støtte gitt av kommuner og fylkeskommuner omfattes av ordlyden. Regelen skal tolkes slik at forbudet mot statsstøtte får effektiv virkning i praksis – det må heller foretas en utvidende fremfor innskrenkende tolkning. Derfor omfattes også støtte fra private organer, hvis støtten indirekte stammer fra det offentlige. Dette kommer frem i blant annet EU-domstolens sak Italia mot kommisjonen⁹⁴:

«As the Court has consistently held ... no distinction should be drawn between cases where aid is granted directly by the State and cases where it is granted by public or private bodies established or appointed by the State to administer the aid.»

I noen tilfeller må det gjøres en mer inngående vurdering av om en disposisjon må anses som «støtte gitt av statsmidler». Investeringer gjort av det offentlige kan i noen tilfeller falle i grenseland mellom hva som skal anses som støtte gitt av staten og privatrettslige investeringer. Dersom for eksempel en kommune investerer betydelige summer i et avfallsanlegg den selv er medeier i, kan det fremstå som statsstøtte dersom innbetalingen objektivt sett ikke fremstår som fornuftig. Et slikt problem kan oppstå hvis avfallsanlegget både driver med bakgrunn i lovlig enerett og kommersielt. Dersom investeringen ikke fremstår som fornuftig, kan det tyde på at kommunen ønsker å støtte den kommersielle delen og på den måten gi en markedsfordel. For enerettsdelen vil det på den annen side ikke oppstå spørsmål om dette så lenge regnskapet er adskilt. Kommunen står i utgangspunktet fritt til å drifte enerettsselskapet som det ønsker, fordi det ikke påvirker markedet for øvrig (såfremt eneretten er forenlig med støtteregelverket, se kap. 7.2).

⁹⁴ EU-domstolens avgjørelse 21. mars 1991, sak C-305/89 (Italia mot kommisjonen) avsnitt 13.

For å kunne skille mellom offentlige investeringer og offentlig støtte, har EU-retten utviklet en «private investor test». I EU-domstolens avgjørelse «European Commission v Électricité de France» beskrives denne testen.⁹⁵

«It follows that, if a Member State relies on that test during the administrative procedure, it must, where there is doubt, establish unequivocally and on the basis of objective and verifiable evidence that the measure implemented falls to be ascribed to the State acting as shareholder.»

Testen må ifølge domspremissene føre til at tiltakene på en tydelig måte, på bakgrunn av objektive overprøvbare beviser, taler for at staten opptrer som eier på lik linje som private aktører. Grunnen til at det offentlige organet må kunne bevise at den ikke opptrer som offentlig organ, er for å kunne tale sin sak ved en senere overprøving. I dommens avsnitt 86 fremgår det at en overprøving av slike tiltak må skje på bakgrunn av en helhetsvurdering der alle relevante momenter tas i betraktning.⁹⁶

«all other relevant evidence enabling it to determine whether the Member State took the measure in question in its capacity as shareholder or as a public authority.»

Overprøving av statens «investering» kan følgelig resultere i at staten blir dømt for å gi ulovlig statsstøtte (dersom ikke støtten er omfattet av et unntak, se f.eks kap. 7.5). I EU-landene er det kommisjonen som overprøver tiltakene, mens det er EFTA-domstolen som har den samme overprøvningskompetansen i Norge.

Staten kan også yte støtte på andre måter enn ved å foreta positive handlinger. Næringsdrivende er i tråd med de aktuelle nasjonale regler pålagt ulike plikter og forbud. Dersom et offentlig organ velger å frita eller lempe på anvendelsen av slike regler for enkeltaktører, kan det skape ulike premisser for å drive konkurranse på markedet. Et slikt tiltak kan i større grad fremstå som indirekte, men effekten vil bli den samme som ved en positiv ytelse. Dette kommer til uttrykk i EU-domstolens avgjørelse i Gibraltar mot kommisjonen⁹⁷:

«According to settled case-law, the definition of aid is more general than that of a subsidy, given that it includes not only positive benefits, such as subsidies themselves,

⁹⁵ EU-domstolens avgjørelse 5. juni 2012, sak C-124/10 (European Commission v Électricité de France) avsnitt 82.

⁹⁶ EU-domstolens avgjørelse 5. juni 2012, sak C-124/10 (European Commission v Électricité de France) avsnitt 86.

⁹⁷ EU-domstolens avgjørelse 15. november 2011, sak C-106/09 (Gibraltar mot kommisjonen), avsnitt 71.

but also State measures which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which thus, without being subsidies in the strict sense of the word, are similar in character and have the same effect.»

Uttalelsene forstås slik at det må foretas en helhetlig vurdering av om tiltaket minsker en utgift som virksomheten normalt ellers ville hatt. I tillegg må det vurderes hvorvidt tiltaket har tilnærmet samme karakter som subsidier og om effekten er den samme. For eksempel vil et fritak fra plikten til å betale flyseteavgift for et selskap, men ikke et annet, kunne ha samme effekt som subsidier. Et spørsmål som kan være særlig aktuelt for virksomheter med enerett på behandling av husholdningsavfall, er hvorvidt skattefritak anses som støtte. Dette spørsmålet gjør seg særlig gjeldende der et kommunalt eid avfallsanlegg både behandler husholdningsavfall og næringsavfall. Kommuner er som hovedregel ikke skattepliktige, noe som kan gi dem en konkurransefordel når den driver virksomhet i konkurranse med private aktører. Når næringsavfall, som er utsatt for konkurranse, behandles av et anlegg som ikke er skattepliktig, kan det derfor oppstå skjevheter i premissene for markedsaktørene. I slike tilfeller er det viktig å være klar over hvilke konkurransemessige fordeler kommunen har. Kommunen kan iverksette tiltak for å avdempe disse fordelene. I den samme avgjørelsen fra EU-domstolen uttales det at:⁹⁸

«Consequently, a measure by which the public authorities grant certain undertakings favourable tax treatment which, although not involving the transfer of State resources, places the recipients in a more favourable financial position than other taxpayers amounts to State aid within the meaning of Article 87(1).»

«Article 87 (1)» tilsvarer EØS-loven art. 61 (1). Domstolen slår her fast at skattelette kan falle innunder «statsstøtte».

Utover dette kan det tenkes andre tiltak som kan falle innunder forbudet mot statsstøtte. Blant annet kan utsettelse av ulike avgifter anses som støtte. Også kjøp og salg på spesielt gunstige vilkår kan omfattes.

Avfallsforetak som utelukkende drifter SGEI-tjenester er spesielle i denne sammenheng, fordi virksomheten er avhengig av statlige midler. En avfallsvirksomhet med enerett, kategorisert som SGEI, utfører tjenester for kommunen på bakgrunn av den støtten som blir innbetalt til

⁹⁸ EU-domstolens avgjørelse 15. november 2011, sak C-106/09 (Gibraltar mot kommisjonen), avsnitt 72.

virksomheten. Spørsmålet om støtte til slike virksomheter faller innunder forbudet mot statsstøtte i EØS-loven art. 61 (1), behandles i kap. 7.5.

Det oppstår interessante spørsmål hvis et avfallsselskap med bakgrunn i enerett transformerer husholdningsavfallet til et nytt produkt. Dersom det ferdigbehandlede produktet blir solgt på markedet, for eksempel ved salg av biodrivstoff, kan det argumenteres for at virksomheten beveger seg utover enerettens grenser (som er begrenset til avfall – se kap. 4.2). Støttemidlene gitt til å bygge og drive avfallsanlegget har bakgrunn i enerett. Samtidig driftes anlegget i praksis som en foredler av biogass. Enerettsmottaker har følgelig ikke utelukkende enerett på husholdningsavfall, men også enerett på råvarer til drivstoffproduksjon. Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er hvorvidt eneretten på produksjonsråvarene kan anses som støtte gitt av «statsmidler». Hvorvidt «statsmidler» omfatter slike eksklusive rettigheter er usikkert.

Tradisjonelt har EU-retten satt som vilkår for «statsmidler» at tiltaket direkte, indirekte eller potensielt belaster det offentlige budsjettet. Dette kommer til uttrykk i blant annet Petra Kirshammer-Hack:⁹⁹

«In the present case, the exclusion of a category of businesses from the protection system in question does not entail any direct or indirect transfer of State resources to those businesses but derives solely from the legislature's intention to provide a specific legislative framework for working relationships between employers and employees in small businesses.»

Her legges det vekt på at tiltaket kun er regulerende for rettighetshaver, og dermed ikke belaster det offentlige. Dette talte følgelig for at det ikke var snakk om støtte som stammet fra statsmidler.

I Eventech-dommen¹⁰⁰ ble det imidlertid gitt uttrykk for at rettigheter som kan medføre en økonomisk fordel, likevel kan falle innunder statsstøtteregelverket:

«It must however be stated that that question does not, as such, pertain to the criterion of commitment of State resources, but concerns whether ... must be regarded as conferring on its beneficiaries an economic advantage, for the purposes of Article 107(1) TFEU, which falls within the scope of EU law on State aid and which has an economic value which must be paid for by those beneficiaries.»

⁹⁹ EU-domstolens avgjørelse 30. november 1993, C-189/91 (Petra Kirshammer-Hack), avsnitt 17.

¹⁰⁰ EU-domstolens avgjørelse 14. januar 2015, sak C-518/13 (Eventech-dommen), avsnitt 47.

For at rettighetene skal falle innunder støttebegrepet må det ifølge dommen være snakk om en økonomisk fordel som ellers måtte blitt betalt for av nyttehaverne. Uttalelsene har støtte i sak C-387/92:¹⁰¹

«The concept of aid is thus wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without therefore being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect.»

Det er en kjensgjerning at nytten av eneretten, som garanti for påfyll av råvarer, utgjør en økonomisk fordel som andre aktører ikke har tilgang på. Det er likevel uavklart om fordelene av å ha tilgang på råvarer gjennom enerett er å anse som støtte fra «statsmidler».

7.3.3 Art. 61 (1). Mottaker må være et foretak (13)

Vilkåret om at mottaker må være et foretak fremgår ikke direkte av ordlyden i EØS-loven art. 61 (1). Vilkåret er utarbeidet i rettspraksis av EU-domstolen. Grunnen til at mottaker må være et foretak er for å avgrense mot det offentliges disponering av midler innad i staten. Staten må ha adgang til å kunne fordele midler til sine organer, til eget bruk, uten å bli overprøvd av et overnasjonalt organ. Som jeg gjorde rede for i kapittelet om egenregi (kap. 3.2), utgjør midler til eget bruk ikke fare for å påvirke den frie konkurranse.

Kort oppsummert omfatter foretaksbegrepet alle aktører som driver økonomisk aktivitet. Begrepet omfatter ikke privatpersoner eller offentlige myndigheter som driver med myndighetsutøvelse. Offentlige organer som opererer på et marked vil på den annen side ofte falle innunder begrepet. Det springende punkt er altså hvorvidt aktiviteten er rettet mot et marked.

Økonomisk aktivitet er ikke begrenset av den aktuelle juridiske kategoriseringen av virksomheten. En kommune kan drive økonomisk aktivitet på lik linje med en privat aktør dersom det i realiteten er den samme aktiviteten som utøves.

I EU-domstolens avgjørelse Italia mot kommisjonen¹⁰² blir økonomisk aktivitet definert:

¹⁰¹ EU-domstolens avgjørelse 15. mars 1994, sak C-387/92, avsnitt 13.

¹⁰² EU-domstolens avgjørelse 18. juni 1998, sak C-35/96 (Italia mot kommisjonen), avsnitt 36.

«It must first be noted that, according to settled case-law, the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed (...) and that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity.»

I vurderingen av om et offentlig organ driver økonomisk aktivitet er det altså ikke av interesse hva slags juridisk status organet har, men hvorvidt organet er tilbyder av varer og tjenester på et marked. Denne grensdragning vil ofte være uproblematisk. Skole- og helsetjenester vil for eksempel anses som myndighetsutøvelse, og virksomheten anses derfor ikke som økonomisk aktivitet. Tilsvarende vil det ofte være rimelig å konkludere med statsstøtte til et foretak, dersom støtten mottas av en privat aktør som opererer på fritt marked.

For kommunale foretak som driver lovpålagt innsamling av husholdningsavfall i egenregi/utvidet egenregi, er det rimelig å legge til grunn at organet driver myndighetsutøvelse. Avfallet blir samlet inn og behandlet uten at markedet for øvrig blir påvirket. Et slikt tilfelle faller ikke under foretaksbegrepet og økonomisk aktivitet.

Når offentlige organer utøver typiske myndighetsoppgaver, samtidig som den opptrer i konkurranse med private aktører, kan det imidlertid oppstå gråsoner. For eksempel er det ikke uvanlig at kommunale avfallsselskaper tilbyr innsamling og behandling av næringsavfall, samtidig som den drifter behandling av husholdningsavfall. Næringsavfallet er underlagt regelverket om fri konkurranse, og kommunen opererer derfor på et åpent marked. Kommuner som behandler næring- og husholdningsavfall samtidig, driver følgelig økonomisk aktivitet (i det minste for næringsavfallsdelen). I slike tilfeller må avfallsforetaket dele opp virksomheten slik at statsstøtten kun går til behandling av husholdningsavfallet.

Når kommunen tilbyr enerett på behandling av husholdningsavfall til et selvstendig rettssubjekt, blir spørsmålet om den enerettsmottakende virksomheten bør omfattes av foretaksbegrepet. Kommuner som velger å tilby enerett på behandling av husholdningsavfall, flytter avfallsbehandlingen ut fra kommunen og over i et selskap. Et selskap med enerett er imidlertid fortsatt knyttet til det offentlige (se kapittel 5.3 om krav til enerettsforetaket), men er ofte organisert som IKS eller aksjeselskap. Selskapet kan være eid av flere kommuner og fått tildelt enerett til behandling av husholdningsavfall av hver kommune. Avfallsselskapet kan i forlengelsen av dette tilby andre kommuner å påta seg avfallsbehandling mot at de får enerett på husholdningsavfallet. Muligheten til å tilby seg å drifte tjenester for andre kommuner mot å få enerett, er en eksklusiv mulighet til å utvide virksomheten. Private aktører kan ikke motta en

tilsvarende eksklusiv rettighet på behandling av husholdningsavfall. Ved å kunne tilby enerett har kommunene derfor et konkurransefortrinn fremfor private aktører. Grunnen er at eneretten kan tilbys offentlige selskaper uten krav om anbudsrunde. Samtidig er det i realiteten ofte andre aktører på markedet som kan utføre avfallstjenesten gjennom konkurranseutsettelse av husholdningsavfallet. Her befinner en seg altså i en gråson. I kommentarer fra kommisjonen¹⁰³ til TEUF art. 107 (1), tilsvarende art. 61 (1), er det uttalt:

«The decision of a public authority not to allow third parties to provide a certain service (for example, because it wishes to provide the service in-house) does not rule out the existence of an economic activity. In spite of such market closure, an economic activity can exist where other operators would be willing and able to provide the service in the market concerned. More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.»

At kommunene holder markedet utenfor, utelukker ikke i seg selv at virksomheten driver økonomisk aktivitet. Økonomisk aktivitet kan følgelig være tilfellet der det er andre aktører på markedet som kan og ønsker å tilby samme tjeneste. Ved å foreta undersøkelser av markedet vil en kunne avdekke alternative tilbydere av tjenesteutøvelsen. Dersom undersøkelsen konkluderer med at slike tilbydere er til stede, taler det for at foretaket driver økonomisk aktivitet.

I EFTA-domstolen ble det vurdert hvorvidt avfallsbehandling var å anse som økonomisk aktivitet:¹⁰⁴

«In order to determine whether an activity such as waste management is economic, account must be taken of the existence of competition with private entities. In that regard, the fact that the fee received for the provision of waste management services cannot exceed the costs incurred must be balanced against the existence of competition on the market.»

I avgjørelsen legger domstolen vekt på balansegangen mellom bruken av selvkost og tilstedeværelsen av konkurranse på markedet for øvrig. Argumentet tolkes dithen at streng overholdelse av selvkost, kombinert med lav aktivitet på markedet, taler for at virksomheten

¹⁰³ Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) (Tilsvarende EØS-loven art. 61 (1)) of the Treaty on the Functioning of the European Union 19.7.2016, C 262/1, side 4. pkt. 14.

¹⁰⁴ EFTA-domstolens avgjørelse 22. september 2016, sak E-29/15 (Sorpa), avsnitt 72.

ikke er en økonomisk aktivitet. Momentene må vurderes i sammenheng med foretaksbegrepet utviklet i EU-domstolen, og er ikke uttrykk for noen uttømmende vilkårsliste.

Det kan også være aktuelt å konkludere med økonomisk aktivitet der avfallsanlegget med enerett transformerer husholdningsavfallet til nye produkter. For eksempel kan matavfall omdannes til biogass. Biogass er et drivstoff som kan anvendes på kjøretøy m.m., og kan derfor selges på et marked i konkurranse med andre produsenter. Ved å bevege fokuset fra innsamling av husholdningsavfallet til behandling og salg, er det ikke lenger naturlig å se det slik at virksomheten benytter seg av egne ressurser til eget bruk. I juridisk teori er imidlertid ikke overgangen fra avfall til ikke-avfall behandlet. Hvorvidt det er naturlig å konkludere med økonomisk aktivitet i et slikt tilfelle, er derfor åpent for diskusjon. For eksempel der avfallsproduktet (biogass for eks.) blir anvendt til eget bruk, kan det argumenteres for at markedet for øvrig ikke blir påvirket. På den annen side er det slik at virksomhetens enerett er begrenset til behandling av avfall. Produksjon av andre produkter i forlengelsen av dette vil i større eller mindre grad ha effekt på et marked der private aktører tilbyr tilsvarende produkter.

7.3.4 Art. 61 (1). Mottaker må begunstiges (13)

For at tiltaket skal anses som statsstøtte etter EØS-loven art. 61 (1) er det et vilkår at mottaker begunstiges. Begunstigelse innebærer at mottaker får en fordel vedkommende ellers ikke ville hatt. For å kunne konstatere begunstigelse må det derfor undersøkes om mottakeren blir tilført midler eller særrettigheter, som den ikke ville fått under normale markedsforhold. I regjeringens veileder om offentlig¹⁰⁵ støtte gis det eksempler på hva slags tiltak som typisk anses som begunstigelser etter art. 61 (1). Blant disse nevnes: kapitalinnskudd, skattelette, garantier og lån som ikke baseres på markedsvilkår, kryssubsidiering m.m..

Fellesnevneren er at den mottakende virksomheten får tilgang til særlige rettigheter eller kapital som kun det offentlige kan tilby. Disse gir virksomheten et bedre konkurranse-grunnlag enn konkurrerende aktører på markedet.

Eksklusive rettigheter kan tenkes å falle innunder begunstigelse. Enerett på behandling av avfall er en eksklusiv rettighet som gir mottaker en fordel han eller ikke ville fått under normale

¹⁰⁵ https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf side 18.

markedsforhold. Eneretten gir avfallsselskapet sikker flyt av kapital på vilkår som selskapet selv fastsetter.

Denne eksklusive rettigheten anses likevel ikke som begunstigelse etter art. 61 (1) dersom den mottakende virksomheten er kategorisert som SGEI. Grunnen til dette er at virksomheter definert som SGEI utfører tjenester av sosial betydning og ligger nært opp til myndighetsutøvelse. Utøver av tjenestene er i tillegg pålagt strenge krav til bruken av støttebidragene. Kapitalinnskudd fra staten må for eksempel ikke overskride utgiftene - såkalt selvkost (se kapittel 5.6). Kort fortalt innebærer selvkost at alle inntekter går til dekning av utgiftene. Fra EU-domstolens begrunnelse i Altmark-saken¹⁰⁶ heter det:

«The compensation cannot exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in the discharge of public service obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging those obligations.»

Uttalelsene gjelder for virksomheter som driver i egenskap av SGEI. Kompensasjon gitt av offentlige midler kan ifølge dommen ikke overskride utgiftene til virksomheten, pluss en rimelig fortjeneste.

7.3.5 Art. 61 (1). Støtten må være rettet mot konkrete foretak (selektivitet) (13)

I EØS-loven art. 61 (1) heter det at støtten må «begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer» for at den skal være uforenlig med EØS-regelverket. Tiltak som er rettet mot «enkelte» foretak eller varer, avgrenser altså mot støtte gitt til alle foretak generelt. Grunnen til at generell støtte ikke faller innunder forbudet mot statsstøtte i EØS-loven art. 61 (1) er at støtte som begunstiger alle aktører, ikke skaper skjevhet i konkurransepremissene på markedet.

Selektive tiltak står i kontrast til generelle tiltak. Likevel kan det oppstå vanskelige grensedragninger. For eksempel kan det by på tvil der generelt utformede støttetiltak får effekt på et lite utvalg foretak eller varer. En slik utnyttelse av generelle støttetiltak kan falle innunder forbudet mot selektivitet i EØS-loven art. 61 (1). Fra EU-domstolen:¹⁰⁷

«However, the case-law has already made it clear that even interventions which, prima facie, apply to undertakings in general may be to a certain extent selective and,

¹⁰⁶ EU-domstolens avgjørelse 24. juli 2003, sak C-280/00 (Altmark), avsnitt 92.

¹⁰⁷ EU-domstolens avgjørelse 6. mars 2002, forente saker T-92/00 and T-103/00, avsnitt 31 annet punktum.

accordingly, be regarded as measures designed to favour certain undertakings or the production of certain goods.»

Domstolen legger avgjørende vekt på hvordan tiltaket fungerer i praksis. Hverken formålet bak eller utformingen av tiltaket, er følgelig avgjørende. Et generelt utformet tiltak er derimot som utgangspunkt ikke en trussel for konkurranse på like vilkår. For at det generelle tiltaket i realiteten skal forskyve konkurransepremissene, må det iverksettes slik at kun et utvalg av foretakene mottar en rett eller plikt. Denne fordelingsmakten må derfor tilfalle en administrasjon eller et organ. Fra EU-domstolens avgjørelse:¹⁰⁸

«That is the case, in particular, where the administration called upon to apply a general rule has a discretionary power so far as concerns the application of the measure.»

Et generelt utformet tiltak kan i realiteten bli selektivt på grunn av måten tiltaket blir forvaltet på. Dette kan illustreres med et eksempel. I starten av 2020 ble det diskutert hvorvidt det skal innføres avgift på forbrenning av avfall. Denne avgiften vil i så fall omfatte alle avfallsaktører, både private og offentlige, og dermed være utformet som et generelt tiltak. Dersom en slik avgift innføres, må den praktiseres på like premisser for både offentlige og private avfallsforetak for å anses som lovlig etter EØS-loven art. 61 (1).

7.3.6 Art. 61 (1). Støtten må påvirke konkurransen (13)

Støtte som «vri eller truer med å vri konkurranse» er uforenlig med EØS-avtalen jf. EØS-loven art. 61 (1). Vilkåret er kjernen i forbudet mot statsstøtte. Konkurranssevridende tiltak skaper skjevheter i markedet, og står derfor i sterk kontrast til EØS-avtalens formål om «å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår» jf. EØS-lovens art. 1.

EØS-loven art. 61 (1) stiller ikke krav til at det faktisk foreligger skjevheter konkurransepremissene på grunn av tiltaket. Det er nok å konstatere at tiltaket «truer» slik konkurransevridning. Det milde beviskravet gir bestemmelsen større effekt i praksis.

Vilkåret er et grunnleggende premiss for forbudet mot statsstøtte, og vurderingen byr sjeldent på store utfordringer. Noe av grunnen til dette er at drøftelsen i stor grad sammenfaller med

¹⁰⁸ EU-domstolens avgjørelse 6. mars 2002, forente saker T-92/00 and T-103/00, avsnitt 31 tredje punktum.

vurderingen av begunstigelsesvilkåret. Dersom det konkluderes med at et foretak har blitt begunstiget (som gjort rede for ovenfor), har den fått tilgang på et gode den ellers ikke ville hatt. Sett i sammenheng med vilkåret om selektivitet, vil begunstiging gitt til konkrete foretak derfor skape en skjevhet i konkurransepremissene blant markedsaktørene. Som regel vil begunstigelsesvurderingen derfor konstatere at tiltaket «truer» å vri konkurransen.

I EU-domstolen forekommer det likevel at vilkåret vurderes konkret som et spørsmål om «competition is distorted».¹⁰⁹

«With regard to the condition concerning distortion of competition, the point should be made that, in principle, aid intended to release an undertaking from costs which it would normally have to bear in its day-to-day management or normal activities distorts the conditions of competition.»

Domstolen kom her til at støtte til dekning av foretakets utgifter til daglig drift var å anse som konkurransevridende. Konklusjonen er ikke overraskende. Mottaker slipper å bære kostnader som vanligvis påfølger ved daglig drift, hvilket igjen gir virksomheten et bedre utgangspunkt for å konkurrere enn konkurrentene.

Forbudet mot å gi konkurransevridende støtte håndheves strengt av EU-domstolen. Derfor er også støtte som forsøksvis prøver å hjelpe virksomheten med å konkurrere i andre EØS-land, heller ikke ansett som forenlig med EØS-avtalen. Dette fremgår blant annet i EU-domstolens avgjørelse kommisjonen mot Frankrike:¹¹⁰

«A preferential rediscount rate for exports, granted by a state in favour only of national products exported and for the purpose of helping them to compete in other member states with products originating in the latter, constitutes an aid.»

En avfallsvirksomhet kan altså ikke få tildelt begunstigelser den ellers ikke ville fått, med det formål å styrke evnen til å konkurrere med selskaper fra andre EØS-land. Tildeling av støtte til nasjonale foretak for å styrke konkurranseevnen internasjonalt omfattes av forbudet mot konkurransevridende tiltak.

¹⁰⁹ EU-domstolens avgjørelse 27. juni 2017, sak C-74/16, avsnitt 80.

¹¹⁰ EU-domstolens avgjørelse 10. desember 1969, forente saker 6 og 11-69 (Kommisjonen mot Frankrike), avsnitt 20.

7.3.7 Art. 61 (1). Støttens grenseoverskridende egenskaper (13)

I EØS-loven art. 61 (1) heter det at støtten skal «være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene». Det faktum at et støttetiltak fremstår som urettferdig innad i Norge er ikke nok for at EØS-lovens støtteforbud kommer til anvendelse. Støtten må innebære et grenseoverskridende element.

Hva som må til for at et tiltak «påvirker samhandelen» med de øvrige EØS-landene er behandlet av EU-domstolen i en rekke saker. I de tilfellene der støttemottaker driver med import og eksport av varer til og fra EØS-land, er det som regel uproblematisk å slå fast at støtten har grenseoverskridende effekt. Det kan imidlertid være problematisk å bevise at konkurransen er påvirket. I EU-domstolens avgjørelse Hellas mot kommisjonen ble beviskravet behandlet.¹¹¹

«The Commission was legally entitled to take the view that ... the repayment of interest at issue is indeed capable of affecting trade between Member States and distorting competition.»

EU-domstolen gir uttrykk for at den kan legge til grunn at tiltaket «kan påvirke samhandelen» mellom avtalepartene, dersom ikke medlemslandet kan motbevise at det er tilfelle. EU-domstolen gir bevisbyrden til medlemslandet. Det er derfor tilstrekkelig at tiltaket er egnet til å vri konkurransen på tvers av medlemsland.

For norsk avfallsindustri er det sannsynlig at det foreligger tilstrekkelig grenseoverskridende elementer. I Sverige er det bygget forbrenningsanlegg med stor kapasitet. Hit blir norsk avfall jevnlig sendt til gjenvinning. Av avfallet som blir eksportert går 75% til Sverige og 10% til Danmark.¹¹² Resten går i hovedsak til Tyskland og andre EU-land. Det forekommer også at avfall blir importert fra utlandet for å dekke kapasitetsbehov ved norske behandlingsanlegg. Når det ikke produseres nok avfall lokalt, faller tilgangen på produksjonsråvarer for forbrennings- og foredlingsanleggene. For å opprettholde ønsket produksjon, må avfallet følgelig importeres. For eksempel importerte Norge 400 tusen tonn farlig avfall i 2017.¹¹³

¹¹¹ EU-domstolens avgjørelse 7. juni 1988, sak 57/86 (Hellas mot Kommisjonen), avsnitt 16.

¹¹² <https://miljostatus.miljodirektoratet.no/Tema/Avfall/Import-og-eksport-av-avfall> – På nettsidene til miljødirektoratet oppdateres eksporttallene årlig.

¹¹³ <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/artikler-og-publikasjoner/1-53-millioner-tonn-farlig-avfall>, om import og eksport.

7.4 KRYSSUBSIDIERING – ULOVLIG STATSSTØTTE (13)

Kryssubsidiering er en form for ulovlig statsstøtte, og et eksempel på statsstøtte som oppfyller vilkårene i det generelle forbudet i EØS-loven art. 61 (1). Norske avfallsvirksomheter som omfattes av forbudet mot statsstøtte i EØS-loven art. 61 (1) må følgelig forsikre seg om at det ikke foregår kryssubsidiering, for at driften skal være forenlig med EØS-avtalen.

Kryssubsidiering er kort forklart resultatet av at statlige subsidier smitter over på det frie marked. Subsidiering har i støtterettslig forstand i realiteten samme innhold som statsstøtte. Subsidiering er følgelig ulovlig når støtten omfattes av forbudet i EØS-loven art. 61 (1).

I forarbeidene¹¹⁴ til kommuneloven blir forbudet mot kryssubsidiering behandlet. Her blir begrepet definert som:¹¹⁵ «Ulovlig støtte i form av kryssubsidiering vil forekomme dersom det skjer overføring av midler, direkte eller indirekte, fra skjermet offentlig virksomhet og til konkurranseutsatt virksomhet omfattet av støttebegrepet». Kryssubsidiering forekommer følgelig typisk der lovlig statsstøtte smitter over på deler av virksomheten som er utsatt for fri konkurranse. Ved at den konkurranseutsatte delen får tilført subsidier, som den ellers ikke har rett til, oppnår den et fortrinn fremfor andre markedsaktører. Et praktisk eksempel fra avfallsbransjen er når enerettshaver på behandling av husholdningsavfall også behandler næringsavfall. I og med at husholdningsavfallet behandles på bakgrunn av en enerett (forutsatt at den er forenlig med EØS-avtalen), mottar den lovlig statsstøtte. Den delen av virksomheten som behandler næringsavfall operer derimot på frie markedsvilkår, og kan ikke motta statsstøtte. Hvis midler fra husholdningsavfallsdelen tilkommer næringsdelen, er det i realiteten snakk om avledet statsstøtte. Denne typen statsstøtte anses som kryssubsidiering. Det er heller ikke uvanlig at kommunale avfallsanlegg bygges med det formål å behandle husholdningsavfall, finansiert av det offentlige, men ender opp med også å behandle næringsavfall. Resultatet er at kommunen i realiteten har belastet det offentlige med utgifter til opprettelse av anlegget, men ender opp med å drifte i konkurranse med private aktører. Foretaket driver følgelig konkurranse på et åpent marked, men slipper en utgiftspost. I en slik situasjon er det viktig at det iverksettes tiltak for å hindre at det oppstår kryssubsidiering.

¹¹⁴ Prop. 46 L (2017–2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)

¹¹⁵ Prop. 46 L (2017–2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven), Kapittel 28 Kommunene som markedsaktør. Forholdet til statsstøttereguleringen. Underkapittel 28.2.3 Kryssubsidiering.

For å sikre at kryssubsidiering ikke forekommer leverte ESA i 2013 rådgivende uttalelser med forslag til tiltak. ESA mente at det var tilstrekkelig å innføre tre tiltak for å forhindre ulovlig kryssubsidiering i avfallssektoren:¹¹⁶

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

For det første måtte kommunene innføre separate regnskap for husholdningsavfallet (non-economic) og næringsavfallet (economic). Gebyret for husholdningsavfallet skulle følgelig baseres på de direkte kostnadene tilknyttet behandlingen, samt en forholdsmessig del av de faste fellesutgiftene i virksomheten.

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

For det andre må norske myndigheter introdusere et system for å kontrollere at enhver form for kryssubsidiering mellom næringsavfall og husholdningsavfall blir forhindre. ESA kommer ikke med konkrete forslag til hvordan en slik kontroll av kryssubsidiering bør foretas.

«- Third, the Norwegian authorities should ensure that municipal waste collectors carrying out economic and non-economic activities are not empowered to set their own waste collection fees without approval by a state body (i.e. the municipality or central government).»

For det tredje må kostnadsberegningen skje i samarbeid mellom den kommunale avfallsvirksomheten og et offentlig organ. Eksempelvis kan avfallsvirksomhetens kostnadsberegning godkjennes av kommunen. Det er ikke noe i veien for at godkjenningen og/eller utføres av et annet offentlig organ av høyere rang. Poenget er at de separate kostnadsberegningene til husholdningsavfall og næringsavfall må kvalitetssikres for å forhindre at kryssubsidiering forekommer.

¹¹⁶ Efta Surveillance Authority (ESA) Decision 27. februar 2013, saksnummer 69911. Om finansieringen av kommunale avfallsinnsamlere i Norge, avsnitt 68.

7.5 STØTTE TIL SGEI-TJENESTER (11)

7.5.1 Innledning

Norske avfallsselskaper som omfattes av SGEI-begrepet i EØS-loven art. 59 (2) er unntatt fra deler av konkurranseregelverket. Hvorvidt et foretak anses som SGEI ble gjennomgått i kapittel 6.2. I dette kapitlet er temaet imidlertid anvendelsen av EØS-lovens støtteregulverk på SGEI-tjenester. Hovedregelen er at «statsstøtte» er ulovlig, jf. EØS-loven art. 61 (1), fordi det bidrar til å skape konkurranse på ulike premisser. SGEI-tjenester står i en spesiell situasjon i denne sammenheng. Fordi SGEI-tjenestene er av «almen økonomisk betydning» jf. EØS-loven art. 59 (2), ønsker ikke EØS-avtalen å forby alle typer støtte som gis til slike formål. Medlemslandene står likevel ikke helt fritt til å subsidiere SGEI-tjenester etter eget ønske. Grunnen er at faren for konkurransevridning og krysssubsidierting (se kap. 7.4) fremdeles er tilstedeværende. Temaet for dette kapitlet er altså hva slags støtte som kan gis til drift av SGEI-tjenester.

Illustrasjonskartet (11) viser at støtte til SGEI-tjenester godkjennes såfremt Altmark-kriteriene er oppfylt, eventuelt når støtten omfattes av vilkårene i «de minimis» reguleringen. Selv om dette langt på vei er riktig, er det en forenklet fremstilling. For sammenligning vises det til et mer detaljert illustrasjonskart¹¹⁷ laget av kommisjonen, som fremstiller fremgangsmåten ved støtte til SGEI-tjenester.

I dette kapitlet blir det gjort en kort fremstilling av «de minimis» reguleringen, før det til slutt gjøres rede for hovedlinjene i Altmark-kriteriene.

7.5.2 SGEI - *de minimis* reguleringen (11)

Støtte til SGEI-tjenester som omfattes av «de minimis» reguleringen¹¹⁸ oppfylder ifølge kommisjonen ikke vilkårene til statsstøtte etter EØS-loven art. 61 (1). Dersom kravene i reguleringen er oppfylt, er støtten altså forenlig med EØS-avtalen.

¹¹⁷ Kart som viser fremgangsmåter ved subsidierting av SGEI-tjenester.
https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/analysis_tree_en.pdf?fbclid=IwAR1TymTrxZcZtv0WSYShQPbunazehuY0dtFBgzL7hewxZqCd3kb21Ow2-To.

¹¹⁸ «COMMISSION REGULATION (EU) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid granted to undertakings providing services of general economic interest». Tekst med relevans for EØS, heretter omtalt som «de minimis» reguleringen.

Reguleringen forenkler støtteprosessen for SGEI-tjenester som bare har bagatellmessig innvirkning på handelen mellom avtalepartene. Resultatet er at avfallsforetak som driver SGEI-tjenester i liten skala, kan unngå støttereguleringen i sin helhet. Det vil føre for langt å gjøre rede for reguleringen i sin helhet i denne avhandlingen, men det er hensiktsmessig å vise til et eksempel. «De minimis» reguleringen inneholder blant annet et vilkår som knytter seg til støttens størrelse:¹¹⁹

«The total amount of de minimis aid granted to any one undertaking providing services of general economic interest shall not exceed EUR 500 000 over any period of three fiscal years.»

Støtte som overstiger 500 000 euro over en periode på tre år, omfattes ikke av reguleringen. Vilkåret markerer her en øvre terskel for pengestøtte som kan tilføres SGEI-tjenesten gjennom offentlige midler.

«De minimis» reguleringen er ellers oversiktlig og enkel å manøvrere i.

7.5.3 Altmark-kriteriene (11)

7.5.3.1 Innledning

Økonomisk støtte til SGEI-tjenester som ikke omfattes av «de minimis» reguleringen, kan likevel være forenlig med EØS-avtalen dersom Altmark-kriteriene¹²⁰ er oppfylt. Altmark-kriteriene er fire vilkår utviklet i den såkalte Altmark-saken. Når alle vilkårene er oppfylt, anses SGEI-tjenesten unntatt fra forbudet mot statsstøtte i EØS-lovens art. 61 (1). Støtte gitt til et avfallsforetak med enerett kategorisert som SGEI jf. EØS-loven 59 (2), og som i tillegg oppfylder de fire Altmark-kriteriene, er følgelig forenlig med EØS-avtalen.

Altmark-saken omhandlet hvorvidt Altmark Trans mottok ulovlig statsstøtte i forbindelse med utøvelsen av transporttjenester. I første omgang ble spørsmålet rettet mot tyske domstoler, for så å bli sendt videre til EU-domstolen for avklaring. EU-domstolens avgjørelse avklarer når støtte gitt til SGEI-foretak strider mot støttereguleringen i EØS-avtalen.

¹¹⁹ «de minimis» reguleringen, artikkel 2 (2).

¹²⁰ EU-domstolens avgjørelse 24. juli 2003, sak C-280/00 (Altmark), avsnitt 95.

I dommens avsnitt 95 er vilkårene beskrevet. I dette kapittelet behandles hvert av vilkårene hver for seg.

7.5.3.2 1. vilkår. Tjenesten er pålagt og definert

Det første vilkåret som ble fremmet i Altmark-saken regulerer kravet til tjenestens innhold.¹²¹

«first, the recipient undertaking is actually required to discharge public service obligations and those obligations have been clearly defined».

Domstolen gir her uttrykk for at SGEI-tjenesten må være presist definert på forhånd. Altså må det kunne påvises at mottaker faktisk er pålagt å utføre tjenesten. Tjenestens innhold og kvaliteter må også være tilstrekkelig presisert før statsstøtte gis. Norske kommuner og avfallsselskaper som inngår avtaler om utøvelse av SGEI-tjenester, må derfor ved kontraktsinngåelsen uttrykkelig angi mottakers plikt om å utføre tjenesten. I tillegg må alle sider av avfallstjenesten beskrives slik at det ikke senere oppstår tvil om rekkevidden av plikten til innsamling eller behandling av avfallet.

7.5.3.3 2. vilkår. Beregning av kompensasjon

Det andre vilkåret som fremgår av Altmark-saken omhandler beregningen av kompensasjon for tjenesten:

«second, the parameters on the basis of which the compensation is calculated have been established beforehand in an objective and transparent manner».

Parameterne som anvendes ved beregningen av kompensasjonen skal være objektive og utviklet på forhånd. I tillegg skal beregningsprosessen være transparent. Avfallsselskapenes kostnadsberegninger må følgelig være åpne for kontroll. Det må i den sammenheng kunne fremlegges dokumentasjon på at avfallskostnadene er kalkulert før SGEI-tjenesten ble tildelt. Fordi manglende transparent beregningsprosess kan resultere i brudd på Altmark-kriteriene, er det viktig å være bevisst på kriteriene tidlig i prosessen.

¹²¹ EU-domstolens avgjørelse, Altmark-saken, avsnitt 95.

EU-domstolen utdyper vilkåret i en senere avgjørelse:¹²²

«It is precisely because the determination of the compensation is subject to only restricted control by the Community institutions, moreover, that the second Altmark condition requires that those institutions must be in a position to verify the existence of objective and transparent parameters, which must be defined in such a way as to preclude any abusive recourse to the concept of an SGEI on the part of the Member State.»

Domstolen markerer her viktigheten av å kunne bevise at det foreligger objektive og transparente parametere for kompensasjonsberegningen. Ved å sikre at parameterne er fastsatt før tjenesten utøves, er SGEI-utøvers fremtidige handlerom begrenset. På den måten kan det føres kontroll med at organisasjonen ikke utnytter eventuelle spesielle eller eksklusive rettigheter SGEI-tjenesten innebærer.

7.5.3.4 3. vilkår. Forbudet mot overkompensasjon

Altmark-sakens tredje vilkår innebærer en begrensning i mengden støtte som kan mottas for utøvelsen av SGEI-tjenesten:

«third, the compensation does not exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in discharging the public service obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging those obligations».

Vilkåret ligner på selvkostbegrepet. Kompensasjonen må altså ikke overstige kostnadene som påløper i forbindelse med utøvelsen av SGEI-tjenesten. I tillegg åpnes det for at foretaket kan beregne en fornuftig fortjeneste. Denne fortjenesten må på samme måte som resten av kompensasjonen beregnes forut for støttemottakelsen.

Fortjenesten må være «reasonable». Hva som konkret ligger i dette sies det ikke mer om i dommen. I kommisjonens kommunikasjon gis det imidlertid veiledende uttalelser:¹²³

«Reasonable profit should be taken to mean the rate of return on capital that would be required by a typical company considering whether or not to provide the service of

¹²² EU-domstolens avgjørelse 12. februar 2008, sak T-289/03, avsnitt 214.

¹²³ «Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest», 11. januar 2012, tekst med relevans for EØS, avsnitt 61. Forkortet - kommisjonens kommunikasjon om støtte til SGEI.

general economic interest for the whole duration of the period of entrustment, taking into account the level of risk.»

Fortjenesten må følgelig beregnes på bakgrunn av hvor stor avkastning et typisk foretak krever for å utføre SGEI-tjenesten i hele perioden. Hvorvidt utførelsen av SGEI-tjenesten innebærer økonomisk risiko, må også tas med i vurderingen.

I «The Decision», som er uttrykk for kommisjonens standpunkt vedrørende støtte til SGEI, gis det uttrykk for et konkret beregningsgrunnlag for utregning av «reasonable profit»: ¹²⁴

«For the purposes of this Decision, a rate of return on capital that does not exceed the relevant swap rate plus a premium of 100 basis points shall be regarded as reasonable in any event.»

Kommisjonen gjør her en konkret tilnærming til beregningsprosessen ved bruk av relevant fagterminologi. For å oppnå formålet i denne avgjørelsen skal en avkastning på investert kapital som ikke overstiger standardrente med et tillegg på 1%, betraktes som rimelig i ethvert tilfelle. Det utelukkes samtidig ikke at høyere profitt etter omstendighetene også vil kunne aksepteres som «reasonable».

7.5.3.5 4. vilkår. Beregning av kompensasjon når tjenesten ikke utøves på bakgrunn av en anbudsprosess

Altmark-sakens fjerde kriterium skiller seg fra de øvrige ved at det ikke kommer automatisk til anvendelse. Vilkåret er en særregel som bare omfatter visse typer SGEI-tjenester, i motsetning til de ellers kumulative vilkårene som må oppfylles. Fra saken:

«fourth, where the undertaking which is to discharge public service obligations is not chosen in a public procurement procedure, the level of compensation needed has been determined on the basis of an analysis of the costs which a typical undertaking, well run and adequately provided with means of transport so as to be able to meet the necessary public service requirements, would have incurred in discharging those obligations,

¹²⁴ «COMMISSION DECISION of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest», Tekst med relevans for EØS, artikkel 5 (7).

taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging the obligations.»

Domstolen gir uttrykk for at vilkåret blir aktualisert når SGEI-forpliktelsen ikke er valgt gjennom anbudsrunder. For norske avfallsaktører betyr det at vilkåret ikke kommer til anvendelse på eneretter på behandling av husholdningsavfall som er vunnet gjennom en anbudskonkurranse. I norsk avfallspraksis er det imidlertid ikke uvanlig at eneretter blir tildelt uten denne prosessen. Kommunen ønsker for eksempel å gi eneretten til et interkommunalt selskap som den selv er medeier i. I et slikt tilfelle er det ikke avholdt anbudsrunder, og Altmark-sakens fjerde kriterium må overholdes.

Vilkåret behandler beregningen av kompensasjonen for utøvelsen av SGEI-tjenesten. Regelen bygger derfor videre på Altmark-saken tredje vilkår, og tilføyer spesialregler for tilfellet når anbudsrunder ikke er valgt. I praksis vil det derfor være nær sammenheng mellom tredje og fjerde vilkår når kompensasjonen skal beregnes. Det fjerde vilkåret vurderes strengt av EU-domstolen i disfavør av enerettsmottaker. Grunnen er at vilkåret skiller seg vesentlig fra det tredje. Når anbudsmetoden er valgt (tredje vilkår), gir det inntrykk av at organet har forsøkt å følge støtteregulverket i den utstrekning det er mulig. Når derimot tildelingen skjer uten anbudsprosess (fjerde vilkår), oppstår det større usikkerhet om hvorvidt beregningen faktisk legger til grunn lavest mulig kompensasjon. Domstolen stiller derfor særlige krav til fremgangsmåten når kompensasjonen skal beregnes. Utgangspunktet for kompensasjonsberegningen må ifølge avgjørelsen baseres på en analyse av hva slags kostnader et typisk foretak, som er veldrevet og gitt tilstrekkelig tilrettelegging for å kunne gjennomføre SGEI-forpliktelsene, pådrar seg for å drifte denne tjenesten. I tillegg må andre relevante kostnader og muligheten til å ta ut en fornuftig fortjeneste være en del av beregningsgrunnlaget. «Reasonable profit» beregnes etter samme kalkyle som gjort rede for i kapittel 7.5.3.4.

I kommisjonens kommunikasjon¹²⁵ gis det uttrykk for at «market remuneration» gir den beste beregningsmekanismen for kompensasjon når anbudskonkurranse ikke er valgt. «Market remuneration» forstås som markedsgodtgjørelse. Hvordan en markedsgodtgjørelsesanalyse skal foretas, gir kommisjonens sak om italiensk postdistribusjon veiledning til:¹²⁶

«a) first, the financial instruments most comparable to the various categories of postal savings certificate have to be identified (section VIII.2); it is of the utmost importance

¹²⁵ Kommisjonens kommunikasjon om støtte til SGEI, 11. januar 2012, avsnitt 69.

¹²⁶ Kommisjonens avgjørelse 21. oktober 2008, sak C-49/06, tekst med relevans for EØS, avsnitt 138.

here that the essential factors affecting the level of distribution fees should be identified and properly taken into account;

b) second, the market remuneration paid by market participants for the placement of these comparables has to be established and compared with the remuneration paid by CDP (Statlig organ) (section VIII.3).»

Kort fortalt må de mest sammenlignbare finansielle instrumentene identifiseres, og alle essensielle faktorer som påvirker markedsprisen tas med i beregningen. For utfyllende veiledning henvises det til avgjørelsens seksjon VIII. 2 og VIII.3¹²⁷ (en fullstendig redegjørelse vil føre for langt i denne avhandlingen).

Hvordan beregningen skal utføres i de tilfeller der «market remuneration» ikke er mulig, gis det veiledning i avsnitt 70-77 i kommisjonens kommunikasjon.

8 OPPSUMMERING

Avhandlingen viser at en kommune kan velge mellom flere alternative fremgangsmåter når husholdningsavfall skal behandles. Avfallshåndteringen kan foretas internt i form av egenregi/utvidet egenregi, og den kan konkurranseutsettes gjennom en anbudsprosess. Uavhengig av hvilket av disse alternativene kommunen velger, vil behandlingen kunne foretas uten at det oppstår strid med EØS-rettslige forpliktelser.

Kommuner som derimot velger å tildele en enerett, beveger seg inn i et komplisert rettsområde. Kommunen er gitt enerett på husholdningsavfall, jf. forurensningsloven § 30. Denne eneretten er gitt av Stortinget gjennom lov. Når kommunen velger å tildele enerett, innebærer det at kommunen delegerer sin enerett videre til et annet rettssubjekt. I kapittel 7.2.2 drøftet jeg om denne delegasjonen var forenlig med EØS-avtalens støtteregelverk. Konklusjonen er at hjemmelskravet som EØS-retten oppstiller, ikke er oppfylt. Det kan derfor se ut til at kommunenes praksis med delegering av enerett ikke er forenlig med EØS-avtalen på dette punktet.

¹²⁷ Kommisjonens avgjørelse 21. oktober 2008, sak C-49/06, tekst med relevans for EØS, del VIII. 2 og VIII. 3.

Enerett på behandling av husholdningsavfall er samtidig en eksklusiv rettighet. Eksklusive rettigheter kan være forenlige med EØS-avtalen dersom unntaket i EØS-loven art. 59 (2) om SGEI-tjenester får anvendelse. For at en tjeneste skal kunne omfattes av SGEI-begrepet, må flere vilkår være oppfylt (se kap. 6.2). En fallgrube i denne sammenheng kan være at kommunen har ansett at delegering av enerett er forenlig med EØS-avtalen, og av den grunn aldri har vurdert om SGEI-unntaket får anvendelse. Som illustrasjonskartet viser, kan dette problemet oppstå når kategori 9 ikke er oppfylt og det ikke er tatt høyde for kategori 10. I den tro at delegasjonen har vært i overenstemmelse med kategori 9, vil det derfor oppstå en følgefeil. Fordi alle kategoriene krever særskilt oppmerksomhet for å oppfylles, kan følgefeilen ende med at utøvelsen av avfallstjenesten ikke er forenlig med EØS-regelverket.

Regelverket er komplekst og til dels uoversiktlig. I tillegg til det nasjonale regelverket for offentlige anskaffelser, kommer konkurranseregelverket og støtteregelet i EØS til anvendelse. EU-retten er stadig under utvikling, hvilket krever at norske rettsanvendere må holde seg løpende oppdatert. Et såpass stort og komplekst regelsett kan fort resultere i at kommunal avfallsforvaltning praktiseres i strid med EØS-avtalen. Egenregi og utvidet egenregi kan alene av den grunn være et fornuftig alternativ til enerettstildeling. Å konkurranseutsette husholdningsavfallet vil også være tilpasset EØS-regelverket i større grad enn ved enerettstildeling.

Husholdningsavfall er en ressurs som kan og bør utnyttes. Avfall må tas hånd om og gjenvinnes. EUs plan om sirkulær økonomi¹²⁸ pålegger Norge forpliktelser i form av strengere krav til ombruk m.m. EØS-avtalen er inngått med mål om konkurransefrihet innad i medlemslandene. Slik markedsfrihet kan bidra til å skape innovasjon og effektivitet i avfallsbransjen. Et oversiktlig regelverk, som tar EØS-forpliktelsene på alvor, kan bidra til å skape en bærekraftig avfallsforvaltning. Tildeling av enerett gir kanskje i mindre grad et incitament til nyvinning og gir få fordeler av miljømessig art.

¹²⁸«DIRECTIVE (EU) 2018/851 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 30 May 2018 amending Directive 2008/98/EC on waste». «Text with EEA relevance» – tekst med relevans for EØS.

Kildeliste

Direktiver og veiledere fra EU-kommisjonen:

- Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, (2012/C 8/02), 11. januar. 2012. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111(02)&from=EN)
- Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012D0021&from=EN>
- Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) (Tilsvarende EØS-loven art. 61 (1)) of the Treaty on the Functioning of the European Union 19.7.2016, C 262/1.
- Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty. Gruppeunntaksforordningen.
- Commission Regulation (EU) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid granted to undertakings providing services of general economic interest. Tekst med relevans for EØS, «de minimis» reguleringen.
- Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives.
- Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC. Tekst med relevans for EØS. Anskaffelsesdirektivet.
- Directive (EU) 2018/851 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2008/98/EC on waste. «Text with EEA relevance» – tekst med relevans for EØS. Krav til avfallsbehandling, sporbarhet, gjenvinningsprosent m.m.
- Arbeidsdokumenter for kommisjonen, kravene som stilles til eneretten. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_waste_en.pdf,

EFTA-/EU-domstolens avgjørelser:

- EFTA Surveillance Authority (ESA) Decision of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors, sak 69911. S. 44, 83.
- EFTA-domstolens avgjørelse 22. september 2016, sak E-29/15 (Sorpa). S. 76.
- EU-domstolens avgjørelse 10. desember 1969, forente saker 6 og 11-69 (Kommissjonen mot Frankrike). S. 80.
- EU-domstolens avgjørelse 27. mars 1974, sak C-127/73. S. 48.
- EU-domstolens avgjørelse 7. juni 1988, sak C-57/86 (Hellas mot Kommissjonen). S. 81.
- EU-domstolens avgjørelse 21. mars 1991, sak C-305/89 (Italia mot kommissjonen). S. 70.
- EU-domstolens avgjørelse 10. desember 1991, sak C-179/90. S. 57.
- EU-domstolens avgjørelse 30. november 1993, sak C-189/91 (Petra Kirshammer-Hack). S. 73.
- EU-domstolens avgjørelse 15. mars 1994, sak C-387/92. S. 74.
- EU-domstolens avgjørelse 27. april 1994, sak C-393/92 (Almelo). S. 51.
- EU-domstolens avgjørelse 18. juni 1998, sak C-35/96 (Italia mot kommissjonen). S. 74.
- EU-domstolens avgjørelse 25. juni 1998, sak C-203/96 (Dusseldorp). S. 52.
- EU-domstolens avgjørelse 10. november 1998, sak C-360/96 (Arnhem). S. 33, 35.
- EU-domstolens avgjørelse 23. mai 2000, sak C-209/98 (Sydhavnens). S. 54.
- EU-domstolens avgjørelse 20. februar 2001, sak C-205/99. S. 57.
- EU-domstolens avgjørelse 12. juli 2001, sak C-399/98 (La Scala). S. 14.
- EU-domstolens avgjørelse 6. mars 2002, forente saker T-92/00 and T-103/00. S. 78, 79.
- EU-domstolens avgjørelse 27. februar 2003 sak, C-373/00 (Truley). S. 39.
- EU-domstolens avgjørelse 22. mai 2003 sak C-18/01 (Korhonen). S. 35, 36.
- EU-domstolens avgjørelse 24. juli 2003, sak C-280/00 (Altmark). S. 78, 85. Se kap. 7.5.3.
- EU-domstolens avgjørelse 16. oktober 2003, sak C-283/00 (Kommissjonen V Spania). S. 35.
- EU-domstolens avgjørelse 13. oktober 2005, sak C-458/03 (Parking Brixen). S. 19.
- EU-domstolens avgjørelse 11. mai 2006, sak C-340/04 (Carbotermo). S. 16, 17, 19.
- EU-domstolens avgjørelse 24. mai 2007, sak T-289/01 (DSD). S. 55.
- EU-domstolens avgjørelse 13. desember 2007, sak C-337/06 (Bayerischer Rundfunk). S. 38, 39.
- EU-domstolens avgjørelse 12. februar 2008, sak T-289/03. S. 47, 48, 49, 87.
- EU-domstolens avgjørelse 13. November 2008, sak C-324/07 (Coditel Brabant). S. 19, 20, 22.
- EU-domstolens avgjørelse 11. juni 2009, sak C-300/07 (Oymanns). S. 38.
- EU-domstolens avgjørelse 15. november 2011, sak C-106/09 (Gibraltar mot kommissjonen). S. 71, 72.
- EU-domstolens avgjørelse 5. juni 2012, sak C-124/10 (European Commission v Électricité de France). S. 71.

- EU-domstolens avgjørelse 14. januar 2015, sak C-518/13 (Eventech). S. 73.
- EU-domstolens avgjørelse 27. juni 2017, sak C-74/16. S. 80.
- EU-domstolens avgjørelse 5. oktober 2017, sak C-567/15 (LitSpecMet). S. 37.
- EU-domstolens avgjørelse 29. juli 2019, sak C-659/17. S. 65.
- EU-domstolens avgjørelse 19. desember 2019, sak C-385/18. S. 60, 64.
- Kommisjonens avgjørelse 22. juni 2005, 2006/237/EC. S. 52, 57.
- Kommisjonens avgjørelse 21. oktober 2008, sak C-49/06. S. 89, 90.

EU-/EØS-rettslig litteratur:

- Adinda Sinnaeve, 2012 EStAL, What's New in SGEI in 2012? – An Overview of the Commission's SGEI Package.
- Competition in the waste management sector – preparing for a circular economy.
<https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/Nordic-Report-2016-Waste-Management-Sector.pdf>
- Damien Geradin, 2012 EStAL, Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework.
- European Commission, Brussels, 29.4.2013, commission staff working document, Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest.
https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf
- European Commission, 19. July 2016, Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union.
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=EN)
- European Commission, drafted working document.
https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_waste_en.pdf
- Jose Manuel Panero Rivas, 13. October 2014, Article 106(1) TFEU ready for duty again; the CJEU's judgment in the DEI case.
<https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=753#.XvIclGgzaUI>
- Koert van Buijen, Matthijs Gerritsen, Janneke van der Voort, 2014 EStAL, The Prohibition of Overcompensations to Services of General Economic Interest.
- Mihalis Kekelekis, 2012 EStAL, "Driving" Altmark in Land Transport.
- Mike Van Acoleyen, Linde Raport, Ilse Laureysens, Stijn Lambert, The efficient functioning of waste markets in the European Union.
https://ec.europa.eu/environment/waste/studies/pdf/waste_market_study.pdf

- Nicola Pesaresi, Adinda Sinnaeve, Valérie Guigue-Koeppen, Joachim Wiemann, Madalina Radulescu, The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI): the Commission Decision and Framework of 20 December 2011.
https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2012_1_11_en.pdf
- Nicolas De Sadeleer, Oxford University Press 2014, EU environmental law and the internal market.
- Noel Travers, 2003 EStAL, Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark?
- Opinion Of Advocate General Jacobs, 23. oktober 1997 on Dusseldorp case.
- Pedro Cruz Yábar, January 2013, Staff Working Papers, the “municipal waste management program in krakow”: a case study on the exemption of state aid notification under the eu sgei decision.
http://www.jaspersnetwork.org/download/attachments/4947999/Krkw_State_aid_Waste_Management.pdf?version=1&modificationDate=1366386992000&api=v2%20
- Phedon Nicolaidis, 14. januar 2020, Exclusive Rights and Legal Monopolies.
<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9596>
- Phedon Nicolaidis, 09. september 2014, Not Surprisingly, Another Member State Fails to Prove Compliance with the Altmark Criteria.
<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/33>
- Robert Haffner, Olga Batura, Kimberley van den Bergen, Lars Meindert, Katelyn Price, Harry van Til, European Union 2016, Study on the financing models for public services in the EU and their impact on competition.
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd021641enn.pdf>

Forarbeider:

- NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser.
- Ot.prp.nr.11 (1979–1980) Om lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven).
- Ot.prp.nr.1 (1982–1983) Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven), og i 8. februar 1980 nr. 2 om pant. 2.5 § 31 (kommunal innsamling av forbruksavfall m.v.) (Dagens § 30).
- Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).
- Ot.prp. nr. 87 (2001-2002). Om lov om endring i lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).
- Prop. 89 L (2015-2016). Endringer i forurensningsloven (avfallsdefinisjoner m.m.).

- Prop. 46 L (2017–2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

Litteraturliste:

- Arnfinn Bårdsen, 1. juli 2015. Den internasjonale rettens innflytelse i Norge.
<https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/apen-dag-hoyesterett---foredrag-ved-arnfinn.pdf>
- Erling Hjelmeng, 14. mars 2016, Kommunale enerettigheter i avfallssektoren.
<https://www.samfunnsbedriftene.no/media/1829/kommunale-enerettigheter-i-avfallssektoren.pdf>
- Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad. EØS-RETT 3.utg, Universitetsforlaget 2011.
- Hanne S. Torkelsen, 18. september 2007, Veileder for tildeling av enerett innen avfallssektoren. http://avfallnorge.web123.no/article_docs/Avfall%20Norge%20rapport%203-07%20rev%201.pdf
- Hanne S. Torkelsen, 21. desember 2015, Kommunens eget næringsavfall – bruk av egenregi/enerett. <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/avfall-norge-no/dokumenter/2015-11-Veileder-kommunalt-naeringsavfall.pdf>
- Klima- og miljødepartementet 21. juni 2017, melding til Stortinget, Meld. St. 45, Avfall som ressurs – avfallspolitikk og sirkulær økonomi.
- Kristin Bjella, Heddy Ludvigsen, Janicke Wiggen, 4. april 2014, Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid, Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger.
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/anskaffelsesdirektiv_hjort_rapport.pdf
- Marius Emberland, advokat, Regjeringsadvokaten, JUS4111 Metode, forelesning 31. august 2017 Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, «Betydningen av internasjonal rett i rettsanvendelsen». https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS4111/h17/undervisningsmateriale/Metode/JUS4111_Forelesning_h2017_Internasjonal%20rett%20%283%29.pdf
- Morten Goller og Kristin Hallsjø Aarvik, 10. februar 2016, Vurdering av regelverket om offentlige anskaffelser – Unntaket for utvidet egenregi etter gjeldende rett og bestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU. <https://www.samfunnsbedriftene.no/media/1830/notat-om-utvidet-egenregi.pdf>
- Nærings- og fiskeridepartementet, Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører.
<https://www.regjeringen.no/contentassets/4e965393d775423eba48b9e1d31b2fbe/like-konkurransevilkar-for-offentlige-og-private-aktorer.pdf>
- Robert Lund, Bjørnar Alterskjær, Arne T. Andersen, desember 2013, Kommunal virksomhet i lys av eøs-avtalens statsstøtteregele.

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kmd/komm/rapporter/rapport_kommunal_virksomhet_statsstotteregele.pdf

- Stein Ness, Marianne Høstmark Dragsten, Guttorm Jakobsen, Silje Grimseth, Bjørg Ven, 01. februar 2008, Kommunenes adgang til å tildele enerett for utførelse av va-tjenester. <https://va-jus.no/wp-content/uploads/2011/11/Betenkning-om-tildeling-av-enerett.pdf>

Nasjonale rettsavgjørelser:

- Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 31. januar 2010, sak 2010/278 (Studenkafeene AS). S. 40.
- Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 11. april 2011, sak 2010/338, Sykehuset Innlandet HF. S. 16.
- Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 18. februar 2013, sak 157/2012. S. 33, 34.
- Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) avgjørelse 26. juni 2017, sak 33/2017, Drammen Scener AS. S. 35.
- Rt. 1975 s. 603, Swingball-saken. S. 11.
- Rt. 2008 s. 1555, Biomar-saken. S. 11.

Regjeringens veiledere:

- Regjeringens veileder offentlig støtte.
https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/nfd/dokumenter/veiledninger/veileder_offentlig-stotte.pdf
- Regjeringens veileder offentlig støtte.
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf
- Regjeringens veileder om egenregi.
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/sec6>
- Regjeringens veileder om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning (SGEI).
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/offentlig-stotte-tjenester-av-allmenn-ok/id430123/>
- Regjeringens oversikt over regelverket - innføring i reglene om offentlig støtte.
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/offentlig-stotte-generell-innforing-i-re/id430130/>
- Regjeringens veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/sec6>

- Regjeringens veileder til reglene om offentlige anskaffelser.
https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/anskaffelsesveilderer_2013.pdf

Statistikk og nettsider:

- Avfallskategorier. <https://www.norskgjenvinning.no/tjenester/avfallstyper/>
- Avfallsregnskap husholdningsavfall. <https://www.ssb.no/avfkomm>
- Avfallsregnskap landsbasis. <https://www.ssb.no/avfregno>
- EFTA-domstolens påvirkning på EU-domstolen. <https://www.advokatbladet.no/efta-domstolen-eu-domstolen-nyheter/eos-homogenitet-gjennom-dialog---og-hva-med-lovgivning/114654>
- Eksport og Import av avfall. <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/artikler-og-publikasjoner/1-53-millioner-tonn-farlig-avfall>
- Eksport og import av avfall. <https://miljostatus.miljodirektoratet.no/Tema/Avfall/Import-og-eksport-av-avfall>
- ESAs uttalelser om norsk spillmonopol. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/full-seier-i-esa-om-lotterier/id2464760/>
- Fakta om KOFA. <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/om-kofa>
- Statistikk for gjenvinningsprosent i lys av EU-krav.
<https://www.avfallnorge.no/bransjen/nyheter/norge-n%C3%A5r-neppe-eu-krav-om-resirkulering-1-1>
- Statistikk over avfallstypene. <https://www.ssb.no/natur-og-miljo/statistikker/avfregno>
- Veireno-saken. <https://www.aftenposten.no/osloby/i/opQnJ7/veireno-sjefen-doemt-til-120-dagers-fengsel-av-hoeyesterett>

Fremgangsmåter for å gjennomføre kommunal behandling av husholdningsavfall



