

**KONKURRANSEUTSETTING AV RIKSVEGFERGEDRIFTEN –
EØS-RETTLIGE RAMMER**

**Professor dr. juris Olav Kolstad
Førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng
3. juni 2005**

Innhold	
Del I: Oppdraget	5
Del II: Reglene om fire friheter og anskaffelsesregelverket	7
1. Oversikt	7
2. Utgjør løyvesystemet i seg selv en ulovlig restriksjon?	7
2.1 Allment om EØS-reglene	7
2.2 Transportområdet	9
2.3 Vurdering	10
3. Anbudsprosedyrer ved konkurranseutsetting	15
3.1 Utgangspunkt	15
3.2 Kort om anskaffelsesregelverket	16
3.3 Grensen konsesjon – anskaffelseskontrakt	16
3.4 Krav til anbudsprosess utenfor anskaffelsesreglene?	19
3.5 Konklusjon	21
4. Praktisering av løyvesystemet etter konkurranseutsetting	21
4.1 Enerettigheter: Lovlighet	21
4.2 Kabotasjeforordningen art. 4: Vilårsstillelse	24
5. Noen særlige spørsmål	28
5.1 Utlysning av flere strekninger under ett?	28
5.2 Én anbyder: Forhandlingsforbud?	30
5.3 Tildeling av løyver mot betaling?	31
5.4 Tariffregulering og takster	31
6. Oppsummering	33
Del III Statsstøtte	35
7. Innledning	35
8. EØS-avtalen og ”offentlige tjenester”	36
9. Anvendelsen av artikkel 61(1) på kompensasjon for forpliktelser til offentlig tjeneste - utviklingen i rettspraksis	37
10. Vilårene i artikkel 61(1) – en oversikt	42
11. Vil kompensasjon for å utføre fergetjenester på riksveisambandet kunne representere statsstøtte?	43
11.1 Innledning	43

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

11.2	Tjenesteytelsen må være pålagt	44
11.2.1	Innledning	44
11.2.2	Er fergetrafikk på riksveisambandet en ”offentlig tjeneste”?	45
11.2.3	Tilfredsstiller løyve- og kontraktssystemet EF-domstolens krav til rettsgrunnlag for pålegg om offentlig tjeneste?	47
11.2.4	Ytelsen må være ”klart definert”	48
11.3	Krav til kriteriene for beregningen av kompensasjonen	48
11.4	Overkompensasjon vil innebære statsstøtte	50
11.5	Nærmere om fastsettelsen av verdien av en offentlig tjeneste	52
11.6	Selektivitetskriteriet	55
12.	Virkningsanalysen – konkurransevriddningskriteriet og samhandelskriteriet	56
12.1	Innledning	56
12.2	Konkurransevriddningskriteriet	57
12.3	Samhandelskriteriet	58
13.	Vil støtte til riksveifergedrift kunne omfattes av unntakene i artikkel 61(2)?	60
14.	Vil støtte til riksveifergedrift kunne gis dispensasjon etter artikkel 61(3) som regionalstøtte?	61
14.1	Innledning	61
14.2	Bokstav a	62
14.3	Bokstav c	62
15.	Vil artikkel 59(2) kunne hjemle kompensasjon for fergedrift som innebærer ”statsstøtte” etter artikkel 61?	63
15.1	Innledning	63
15.2	Er fergetjenester på riksveisambandet ”tjenester av almen økonomisk betydning”?	64
15.3	Vurderingen etter artikkel 59(2)	67
15.3.1	Innledning	67
15.3.2	Kravet om at tjenesten må være ”tillagt” foretaket	68
15.3.3	Proporsjonalitetskravet	69
15.3.4	Samhandelen må ikke påvirkes i strid med avtalepartenes interesser	70

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

15.4	Kommisjonens forslag om anvendelsen av artikkel 59(2) på offentlige tjenester	71
16.	Sanksjoner ved tildeling av ulovlig støtte	72
16.1	Problemstilling og faktum	72
16.2	Systemet ved tilbakeføring i statsstøtteren	73
16.2.1	Generelt	73
16.2.2	Eksisterende eller ny støtte?	74
16.3	Vurdering	76
17.	Oppsummering	78

DEL I: OPPDRAGET

Fergetransport inngår som en integrert del av riksveinettet på strekninger der en riksvei krysser en fjord. På disse strekningene har Statens vegvesen, som på andre deler av riksveinettet, en plikt til å gi trafikkantene et tilbud i tråd med det som er politisk fastsatt. Det er således Statens vegvesens plikt å sørge for et tilfredsstillende fergetilbud på de riksveistrekninger som trafikkeres av ferger.

Staten driver ikke selv fergevirksomhet. Dette overlates til private som etter søknad gis løyve til å trafikere en fergestrekning. For å kunne drive fergetransport i rute kreves det ruteløyve etter yrkestransportloven § 7 om "Behovsprøvd løyve for persontransport med fartøy i rute". Slik løyve kan tildeles den som fyller krav etter loven eller etter forskrift til loven, jf. § 25. Løyvesystemet er dessuten regulert i forskrift nr. 401 om yrkestransport innenlands med motorvogn eller fartøy av 26. mars 2003, der §§ 4 – 8 oppstiller nærmere krav for å få løyve. Det følger av denne forskriften § 3, jf. ytrspl. § 13(1) at Vegdirektoratet er løyvemyndighet for riksvegferger.

Finansieringen av fergedriften har skjedd ved at det i tilknytning til løyvene har blitt gitt tilskudd til drift av fergestrekninger. Hvordan tilskuddet skal fastsettes er regulert i "Hovedavtale om drift av riksvegsamband" (hovedavtalen), som er fremforhandlet mellom Vegdirektoratet og RLF. Avtalen gjelder drift av det riksveifergesamband som et selskap har løyve for, og inngås i det individuelle tilfelle mellom Statens vegvesen og det aktuelle selskap i forbindelse med at løyve gis. I avtalen fastsettes det nærmere innhold i den ytelse som gis trafikkantene på den aktuelle fergestrekning, og det tilskudd selskapet skal få for å tilby en tjeneste av den spesifiserte art.

Riksveifergedriften skal for fremtiden konkurransetsettes. Dette innebærer at Vegdirektoratet i utgangspunktet vil legge ut driften av fergestrekninger på anbud, der enhver som ønsker kan konkurrere om å trafikere den aktuelle fergestrekning. Anbudsgrunnlaget og tilbudet fra det fergereferi som gis oppdraget vil danne grunnlaget for den endelige avtalen mellom Statens vegvesen og det aktuelle fergeselskap. Den som gis kontrakten om å utføre fergetjenester på en strekning vil samtidig gis løyve til å trafikere strekningen etter yrkestransportloven § 7, under den forutsetning av at alle krav for løyve er oppfylt. Løyve til å trafikere en strekning på riksveinettet vil i de fleste tilfelle gi en eksklusiv rett til å trafikere den aktuelle

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

strekning, men parallelløyver vil kunne gis på strekninger der trafikkgrunnlaget er stort nok.

Vi er bedt om å vurdere de ulike EØS-rettslige spørsmål som en konkurranseutsetting av fergedriften på riksvegnettet skaper. Utredningen faller i to hoveddeler; spørsmål knyttet til reglene om fri bevegelighet (fire friheter), og spørsmål knyttet til forbudet mot konkurransevridende statsstøtte.

I delen om fri bevegelighet vurderes det hvilke føringer EØS-retten legger på løyvesystemet og praktiseringen av det. Sentrale temaer er spørsmålet om anvendelse av EØS-avtalens anskaffelsesregler, om det lovlig kan tildeles enerettigheter, og anvendelsen av kabotasjeforordningen. I delen om statsstøtte vurderes det hvilke føringer statsstøttereglene legger på kompensasjonsordningene overfor rederiene, dvs. om tilskudd til drift kan anses som ulovlig statsstøtte. Vi tar også opp spørsmålet om bruk av ferger som historisk har fått støtte i anbudskonkurranser, samt spørsmålet om sanksjoner ved brudd på regelverket.

DEL II: REGLENE OM FIRE FRIHETER OG ANSKAFFELSESREGELVERKET

1. Oversikt

I inneværende del vurderes konkurransetsettingsprosessen i lys av de alminnelige reglene om fri bevegelse i EØS-avtalen, i tillegg til regelverket om offentlige anskaffelser. Fremstillingen legges opp slik at det først foretas en vurdering av anvendelsen av reglene om fri bevegelse for tjenester på tildeling av ruteløyver på riksvegfergenettet (avsnitt 2). I avsnitt 3 diskuteres det hvilke føringer EØS-avtalen legger på bruk av anbud ved konkurransetsetting. Først drøftes spørsmålet om når EØS-reglene om offentlige anskaffelser får anvendelse, deretter vurderes det om anbudsprosedyrer kreves selv om reglene om offentlig anskaffelser ikke kommer direkte til anvendelse. Spørsmålet om praktiseringen av løyvesystemet og adgangen til å pålegge vilkår på rederier tas opp i 4. Der drøftes også lovligheten av å tildele enerettigheter.

Rene internrettslige spørsmål, samt mer generelle spørsmål om gjennomføring av anbudskonkurranser under EØS-reglene og det internrettslige regelverket tas ikke opp. I avsnitt 5 drøftes imidlertid enkelte særlige spørsmål det er ytre særskilt ønske om en avklaring av.

2. Utgjør løyvesystemet i seg selv en ulovlig restriksjon?

2.1 Allment om EØS-reglene

EØS-avtalen inneholder regler om såkalt fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital. Jevnt over betyr dette at restriksjoner på den frie bevegelse skal opphøre, med mindre de kan rettferdiggjøres ut fra relevante allmenne hensyn. For de spørsmål som vurderes her, er det først og fremst reglene om fri bevegelse for tjenester som er aktuelle, dvs. retten til å drive fergetransport i en annen EØS-stat (maritim kabotasje). Den frie bevegelse er fastsatt i EØS art 36, som lyder:

"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."

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Det følger av fast praksis at forbudet ikke bare omfatter direkte og indirekte diskriminering, men også ordninger som bare virker restriktivt, er omfattet.¹ I Säger uttalte EF-domstolen således at den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten

"ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser."²

Fra forbudet mot restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester finnes det to unntaksmuligheter; en lovfestet og en ulovfestet. Tiltak som direkte eller indirekte virker diskriminerende bare kan opprettholdes under den relativt snevre unntaksbestemmelsen i EØS art 39 jf. 33. Disse bestemmelsene omfatter hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Ordninger som ikke virker diskriminerende, kan derimot også opprettholdes i medhold av den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Denne unntaksmuligheten går igjen ved andre av de fire friheter.

Konseptet allmenne hensyn er relativt vidt.³ Det er alminnelig antatt at økonomiske hensyn og rene forvaltningsmessige hensyn ikke kan anføres som relevante allmenne hensyn. Derimot vil hensyn som beskyttelse av arbeidstagere, forbrukere, miljøpolitikk og trafikkisikkerhet være relevante. Et godt eksempel på strukturen i vurderingen gir EFTA-domstolens nylig avsagte rådgivende uttalelse om det norske forbudet mot alkoholreklame, prem. 48-58.⁴

Enhver restriksjon vil være underlagt proporsjonalitetsprinsippet, dvs. at den ikke må gå lenger enn det som er strengt nødvendig for å ivareta det relevante hensynet. Erfaringsmessig er det mange ordninger som i utgangpunktet ivaretar relevante hensyn som møter problemer under dette vilkåret, rett og slett fordi det ikke er foretatt noen vurdering av om det aktuelle hensynet kan ivaretas på en måte som virker mindre inngripende på retten til fri bevegelse for tjenester.

¹ Jf. nærmere Sejersted m. fl: EØS-rett, Oslo 2004, s. 439.

² Sak C-76/90 Säger v Dennemeyer, Sml. 1991 s. I-4221, prem. 12. Jf. dessuten sak C-266/96 Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl m. fl., Sml. 1998 s. I-3949, prem. 56.

³ Jf. her oppstillingen i EØS-rett, s. 451.

⁴ Sak E-4/04 Pedicel AS v Sosial- og helsedirektoratet, dom av 25. februar 2005, http://www.eftacourt.lu/pdf/E_4_04Decision-N.pdf

2.2 Transportområdet

Det som hittil er sagt gjelder reglene om fri bevegelighet for tjenester i sin alminnelighet. Transportområdet er imidlertid gjenstand for særskilt regulering. Det følger av EØS art 38 at "Adgangen til å yte tjenester på transportområdet skal reguleres av bestemmelsene i kapittel 6." Dette innebærer at de generelle reglene om fri bevegelighet for tjenester, jf. EØS kapittel 3, ikke kommer til anvendelse.

EØS-kapittel 6 inneholder dels materielle bestemmelser, dels henvisninger til Avtalens vedlegg. Det følger av art 47 nr. 1 at kapitlets øvrige bestemmelser, artiklene 48-52, skal få anvendelse på transport med jernbane, på vei og innlands vannvei. Fergeruter på kysten er ikke dekket av dette, og reguleres således ikke av de særskilte transportbestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel. Art. 47 nr 2 viser til Avtalens vedlegg XIII som "inneholder særlige bestemmelser om alle transportgrener". Her finnes bl.a. Rfo. 3577/92 om maritim kabotasje.

Kabotasjeforordningen er gjennomført i norsk rett ved lov nr. 121 om sjøtransporttjenester av 4. desember 1992.⁵ Forordningens formål er å gjennomføre prinsippet om fri bevegelighet for tjenester på området for maritim kabotasje.⁶ Forordningens art. 1 gjennomfører fri adgang for alle EØS-skipsredere til å seile mellom to havner i én og samme EØS-stat. Dette innebærer at restriksjoner på adgangen til maritim kabotasje skal fjernes.⁷ I EU har sektoren gradvis blitt liberalisert i medhold av forordningen.⁸

Det følger av dette at de alminnelige prinsipper om fri bevegelighet for tjenester får anvendelse i kraft av kabotasjeforordningen, slik denne er gjennomført i norsk rett. Dette innebærer at det vil stilles krav til løyvesystemet i medhold av disse reglene. Restriksjoner vil bare kunne opprettholdes innenfor de unntak som kan oppstilles, jf. også de spesifikke unntak som følger av forordningen.

Samtidig er det på det rene at generelle EØS-rettslige prinsipper, jf. særlig EØS art 4 om forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, vil få anvendelse.

⁵ Se Ot.prp. nr 39 (1997-98) (lovendring) og St. prp. nr. 46 (1997-98) (Stortingets godkjenning).

⁶ Jf. sak C-205/99 Analir m.fl. v Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271, prem. 19.

⁷ Jf. sak C-205/99 Analir m.fl. v Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271, prem. 20: "Der er således sket en fastlæggelse for cabotagesejladssektoren adf de vilkår, hvorunder prinsippet om fri udveksling af tjenesteydelser, der bl.a. er knæsat ved EF-traktatens artikel [49] og 61, skal gennemføres."

⁸ Se senest KOM(2002)203 endelig: Beretning fra Kommissionen, Fjerde rapport om gennemførelsen af Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92 om anvendelse af prinsippet om fri udveksling af tjenesteydelser inden for søtransport i medlemsstaterne (cabotagesejlads) (1999-2000).

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

2.3 Vurdering

I dette avsnittet vurderes eksistensen av et løyvesystem i forhold til EØS-reglene. Spørsmålet er om ordningen med behovsprøvet ruteløyve for den enkelte strekning kan opprettholdes under EØS-reglene.

Forholdet mellom den norske løyveordningen og kabotasjeforordningen ble nærmere vurdert i forarbeidene til yrkestransportloven. Her heter det:

"Innan skipsfartsområdet vart Rfo (EF) 3577/92 om retten til å yte sjøtransporttenester innfor medlemsstatane (maritim kabotasje) gjennomført i norsk rett ved endring i juni 1998 i lov av 4. desember 1992 nr. 121 om fri utveksling av tenester innan sjøtransport. Rådsforordninga gir rett for skip heimhøyrande i eit av medlemslanda å transportere passasjerar og /eller gods mellom hamnar i kvar av dei andre medlemslanda. Etter norsk rett har det ikkje vore forbod for utanlandske skip å drive trafikk mellom norske hamner. Slikt forbod gjeld berre skip registrerte i Norsk Internasjonalt Skipsregister (NIS). Den viktigaste verknaden av at forordninga vart innlemma EØS-avtala var for Noreg at skip registrerte i Norsk Ordinært Skipsregister (NOR) fekk tilgang til å yte tenester i den felles indre marknaden. I samband med lovendringa i 1998 vart det vurdert om gjeldande ordning med behovsprøving av løyve for personrutetransport med fartøy etter samferdselslova kunne vere i strid med forordninga om fri rett til yting av sjøtransporttenester. Det vart konkludert med at løyveordninga ikkje var i strid med forordninga.^{9]} Ved vurderinga vart det lagt vekt på at den behovsprøvde løyveordninga ikkje har krav om nasjonalitet og såleis ikkje er diskriminerande. Det er dessutan fleire viktige unntak frå kravet om løyve, m.a. gjeld det alle former for godstransport med fartøy, persontransport med fartøy utanom rute og alle rutegåande passasjerfartøy mellom Noreg og utlandet, her medrekna innanlandstransport mellom norske hamner som del av ei slik utanlandsrute. Det særlege topografi- og busetnadsmønsteret i Noreg gjer det dessutan naturleg med ei likearta regulering av den innanlandske rutegåande sjøtransporten og landtransporten. Båt- og ferjeruter er viktige delar av den almenne kollektivtransporten i Noreg til og frå øysamfunn og for kryssing av fjordar.

I framlegget til ny lov er gjeldande ordning med behovsprøvd løyve for personrutetransport med fartøy vidareført, med eit nytt unntak frå kravet om slikt løyve. Dette gjeld fartøy i rutefart som driv godstransport og tar med eit avgrensa tal passasjerar utan krav om eige passasjersertifikat etter sjøfartslovgivinga.

I forhold til hovudspørsmålet om ei slik regulering er i samsvar med forordninga, er det såleis ikkje etter departementet si vurdering grunnlag for eit anna standpunkt i dag. Praktiseringa av Rfo (EF) 3577/92 er

⁹ I forarbeidene til gjennomføringen av kabotasjeforordningen fremgår det ikke noe om denne vurderingen, se Ot.prp. nr 39 (1997-98) Om lov om endringer i lov 4. desember 1992 nr. 121 om fri utveksling av tjenesteytelser innen sjøtransport mellom stater tilsluttet Det europeiske økonomiske samarbeidsområde og mellom stater tilsluttet Det europeiske økonomiske samarbeidsområde og tredjeland, og om endring i visse andre lover som følge av avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (innlemmelse av EØS-komiteens beslutning nr. 70/97 av 4. oktober 1997 om å innlemme rådsforordning (EØF) 3577/92 om anvendelse av prinsippet om adgangen til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemslandene i EØS-avtalens Vedlegg XIII).

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

relativt ny innafor EU. I lys av rettsutviklinga gjennom avgjerder i domstol og tolkingar elles frå Kommisjonen, kan spørsmålet om løyveordninga i framtida måtte vurderast på nytt."¹⁰

Det følger av dette at spørsmålet om løyveordningen kan komme i konflikt med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for tjenester ikke er nytt. Argumentasjonen i forarbeidene synes å indikere at ordningen vil anses som en restriksjon, men at den kan opprettholdes ut fra den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. I det følgende vurderes dette nærmere ut fra nyere praksis fra EF-domstolen.

Analir-saken fra 2001 dreide seg om en ordning med forhåndsgodkjenning av redere for fart mellom spanske øyer. Her formulerte Domstolen, etter å ha vist til at kabotasjeforordningen gjennomfører prinsippene om fri bevegelighet for tjenester, følgende utgangspunkter:

"Det bemærkes, at efter Domstolens faste praksis kræver fri udveksling af tjenesteydelser ikke blot afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller indebære yderligere ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser.

Det må fastslås, at en national bestemmelse ..., hvorefter præstering af tjenesteydelser inden for cabotagesejlads kræver forudgående administrativ godkendelse, kan være til gene for præsteringen af sådanne tjenesteydelser eller gøre den mindre interessant, hvorfor den udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser."¹¹

Det følger av dette at enhver ordning som vanskeliggjør ytelse av transporttjenester vil anses som en restriksjon. Et krav om administrativ forhåndsgodkjenning vil anses som en slik restriksjon. Dette har sammenheng med at godkjenningen vil være en forutsetning for selve *adgangen til markedet*, som nyter et sterkt EØS-rettslig vern.¹²

Mer generelt vil EØS-retten måtte forstås slik at ethvert konsesjonssystem, der retten til å yte en tjenesteytelse underlegges en konkret vurdering, anses som en restriksjon på

¹⁰ Ot. prp. nr. 74 (2001-2002), avsnitt 3.4.

¹¹ Sak C-205/99 Analir m.fl. v Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271, prem. 21-22. (henvisninger utelatt).

¹² Derimot vil man i store utstrekning godta ordninger som regulerer adferden på markedet, for eksempel regulering av åpningstider mv. Dette iht. den såkalte Keck-læren.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

den frie bevegelighet for tjenester.¹³ Dette innebærer at et konsesjonssystem bare kan opprettholdes innenfor rammene av relevante allmenne hensyn. Samtidig vil forholdsmessighetsprinsippet slå inn.

På området for maritim kabotasje har Kommisjonen gitt uttrykk for tilsvarende holdning i sin fortolkningsmeddelelse til kabotasjeforordningen. Her anføres det at "Kommissionen mener, at denne frihed under ingen omstændigheder kan underkastes en ordning med udstedelse af forhåndsgodkendelse, navnlig på restriktive vilkår."¹⁴

Systemet med ruteløyve for transport med fartøy under yrkestransportloven faller i to deler. For det første må transportøren tilfredsstillende de generelle krav som stilles til løyvehavere, jf. ytrspl. § 7(1) som gir § 4 (2) a) og b) tilsvarende anvendelse. Dette gjelder krav om "god vandel" og "tilfredsstillende økonomisk evne". For det andre er ruteløyvet behovsprøvet for den enkelte strekning, jf. ytrspl. § 7. Det er imidlertid på det rene at loven ikke utelukker at det gis parallelle løyver for de enkelte strekninger.

Ordnningen med behovsprøvet ruteløyve innebærer at det kreves en forutgående godkjennelse for å drive rutetransport. Et slikt krav om forutgående godkjennelse vil anses som en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester, og løyveordningen vil derfor som utgangspunkt være omfattet av forbudet mot restriksjoner i EØS art. 36.

For transport med motorvogn er det i ytrspl. et skille mellom løyve til å drive transport på den ene siden og *ruteløyve* på den annen, jf. at § 4 oppstiller de alminnelige krav om vandel, økonomi og faglig kompetanse, mens §§ 6 og 9 inneholder bestemmelser om hhv. behovsprøving i forhold til ruter og behovsprøving ved motorvogntransport utenfor rute. Kravene etter § 4 kan ses på som en forutsetning for å kunne oppnå løyve etter de spesielle bestemmelsene. Det generelle kravet om løyve etter § 4 er objektivt, og det må forutsettes at søker som fyller kravene har rettskrav på løyve, jf. her Ot. prp. nr. 74 (2001-2002), s. 34.

Dette skillet er ikke like klart ved transport med fartøy, jf. ytrspl. § 7, idet kravet til løyve bare gjelder rutetransport. Annen transport med fartøy er ikke underlagt krav om løyve etter ytrspl. I forhold til spørsmålet om det foreligger en restriksjon, og om denne i tilfelle kan opprettholdes ut fra allmenne hensyn, gir det imidlertid lite å søke å skille mellom de to elementene i løyvetildelingen. I det følgende behandles de to under ett. Når dette er sagt, bør det presiseres at vi ikke tar stilling til spørsmålet om ytrspl. § 4 isolert sett utgjør en restriksjon. Under enhver omstendighet synes de objektive krav som stilles å kunne opprettholdes under henvisning til art 39 jf. 33 eller læren om tvingende allmenne hensyn.

¹³ Jf. Graver, LoR 2004, s. 225: "Etter fellesskapsretten er alle konsesjonsordninger restriksjoner på friheten til å investere, etablere seg eller yte tjenester".

¹⁴ Kommisjonens fortolkningsmeddelelse KOM (2003)595 endelig, avsnitt 2.1.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Så langt er det imidlertid ingen motstrid med forarbeidene til yrkestransportloven. Det springende punkt er om ordningen kan rettferdiggjøres og opprettholdes under den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Ordningen vil under denne læren kunne opprettholdes i den utstrekning den på en forholdsmessig måte tjener til å ivareta et relevant hensyn, samtidig som praktiseringen ikke leder til diskriminering.

Også på dette punkt kan det vises til Domstolens uttalelser i Analir, som gjengir veletablerte fellesskapsrettslige prinsipper:

"...den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, [kan kun] begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagermedlemsstatens område. De nationale regler må for at kunne opfylde dette begrundelseskrav være et passende middel for gennemførelsen af det tilstræbte mål og ikke gå videre end nødvendigt for at nå dette."¹⁵

Hensynet til å opprettholde et velfungerende transporttilbud (for riksvegfergene endog som en integrert del av riksvegnettet) vil klart være relevant. Tilsvarende er anerkjent av Domstolen, for så vidt gjelder øyer, i Analir-saken, der det heter at

"Det må herved for det første fastslås, at det tilstræbte formål, som er at sikre tilstrækkelige og faste søtransportydelser i trafikken til og fra øer samt mellem øer, unægtelig repræsenterer en retmæssig offentlig interesse."¹⁶

De restriksjoner som innføres må være påkrevet for å ivareta de offentlige hensyn i en fungerende kollektivtransport. Først og fremst vil dette være en vurdering av om ordningen kan anses som proporsjonal i forhold til de hensyn som skal ivaretas. Spørsmålet er om et generelt krav om ruteløyve, dvs. en forutgående godkjenning for tjenesteytelser på den enkelte ruten, virker uproporsjonalt i forhold til ivaretagelse av det samfunnsmessige behovet for riksvegfergedrift.

I Analir viste Domstolen til at anvendelsen av

"en ordning med forudgående administrativ godkendelse som middel til at pålægge forpligtelser til offentlig tjeneste [forutsetter], at de nationale myndigheder forinden for bestemte strækninger har

¹⁵ Sak C-205/99 Analir m.fl. v Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271, prem. 25. (henvisninger utelatt).

¹⁶ Sak C-205/99 Analir m.fl. v Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271, prem. 27.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

kunnet fastslå, at trafikken ikke er passende og regelmæssig, såfremt den udelukkende overlades til markedskræfterne. Der må med andre ord kunne godtgøres et faktisk behov for offentlig tjeneste."¹⁷

Samtidig må en ordning med forutgående tillatelse kunne begrunnes som proporsjonalt i forhold til for eksempel en etterfølgende anmeldelse, jf. Domstolens uttalelse i Golden shares:

"For så vidt angår en forudgående administrativ godkendelsesordning som den, der er genstand for Kommissionens væsentligste indvending i dens påstande, ... har Domstolen allerede fastslået, at den skal være forholdsmæssig ud fra det tilstræbte mål på en sådan måde, at det samme mål ikke kan realiseres ved mindre restriktive foranstaltninger, navnlig ved en ordning med efterfølgende anmeldelser..."¹⁸

I sin tolkningsmeddelelse om kabotasjeforordningen oppsummerer Kommisjonen kravene som følger:

"en så restriktiv procedure som en godkendelsesprocedure er acceptabel, forudsatt at den er nødvendig, står i et rimelig forhold til det tilstræbte formål, bygger på objektive kriterier, der ikke innebærer forskjellsbehandling og i forveien er de berørte virksomheter kjent. Rederierne bør også have et rettsmiddel til å anfægte en bebyrdende avgjørelse."¹⁹

Proporsjonalitetskravet innebærer at det kan være problematisk å innføre generelle ordninger som kan virke utestengende. Uten at ruteløyvesystemet her vurderes generelt, er det imidlertid på det rene at særlige hensyn kan sies å gjøre seg gjeldende innenfor riksvegfergenettet, der fergerutene kan anses som integrerte deler i den samlede infrastruktur. Formålet med ruteløyveordningen er ikke først og fremst knyttet til transporten på den enkelte strekning og hensynet til å sikre transporttilbud til avsidesliggende områder. Riksvegfergene inngår som en integrert del av et sammenhengende infrastrukturnettverk, der broer, tunneler, ordinære vegstrekninger og fergeoverfarter utgjør et hele. Selv om fergene fysisk sett utgjør egne transportmidler, vil de funksjonelt utgjøre en del av vegen. Sammenhengen mellom de ulike fergestrekningene kan sies å skape et overordnet behov for koordinering, både med

¹⁷ Sak C-205/99 Analir m.fl. v Administración General del Estado, Sml. 2001 s. I-1271, prem. 34.

¹⁸ Sak C-483/99 Kommisjonen v Frankrike, Sml. 2002 s. I-4781, prem. 46. domstolen viste her bl.a. til Analir.

¹⁹ Kommisjonens fortolkningsmeddelelse KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.4. Se også KOM(2002) 203 endelig, Fjerde rapport om gjennomføring av kabotasjeforordningen, s. 8.

sikte på regularitet, takstsystem, fergestandard mv. Dette er argumenter som etter vår oppfatning fører til at riksvegfergenettet i forhold til proporsjonalitetskravet vil kunne vurderes under ett, dvs. at løyveordningen ikke kan vurderes ut fra den enkelte strekning.

På denne bakgrunn må det kunne legges til grunn at ruteløyvesystemet virker proporsjonalt idet det kan anses som et nødvendig styringsredskap for å sikre et sammenhengende riksvegnett. Det understrekes at dette kan stille seg annerledes for system med forutgående godkjenning som ikke er knyttet til bestemte ruter eller nettverk av ruter.

Selv om løyvesystemet i seg selv må antas å kunne opprettholdes under EØS-avtalen, reiser systemet, samt konkurranseutsettingsprosessen, spørsmål om *praktiseringen* av det.²⁰ Konkret blir dette et spørsmål om hvilke restriksjoner som lovlig kan pålegges ved tildeling av løyve på enkeltstrekninger. Ved siden av de generelle prinsippene som kan utledes av EØS-avtalens hoveddel, er dette nærmere regulert i kabotasjeforordningen. Disse spørsmålene behandles i punkt 5 nedenfor.

Avslutningsvis vises det til den såkalte stand-still klausulen i 3577/92 art 7.²¹ Denne impliserer at EØS-landene uansett ikke kan innføre nye restriksjoner på området, i forhold til de restriksjoner som allerede er operative. Siden det nå åpnes for konkurranseutsetting og anbud for driften av riksvegfergenettet, kan vi imidlertid ikke se at denne skulle ha umiddelbar betydning. Klausulen vil imidlertid legge begrensninger på fremtidige endringer i anbudsregimet, og, i det minste sannsynligvis, føre til at en konkurranseutsetting vil være irreversibel.

3. Anbudsprosedyrer ved konkurranseutsetting

3.1 Utgangspunkt

Flere regelsett vil kunne ha betydning for tildelingsprosedyrene der det velges å konkurranseutsette riksvegfergedriften. Samtidig er det slik at EØS-retten mer allment stiller krav til prosedyrene for tildeling av løyver som sådan. Tilsvarende gjelder der det offentlige velger å be om anbud på driften av fergestrekninger; selv om anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse vil generelle EØS-rettslige prinsipper –

²⁰ Jf. for øvrig om sammenhengen mellom behovsprøvet løyve og konkurranseutsetting av transporttjenester Ot. prp. nr. 64 (1989-90), s. 37-38.

²¹ Jf. Kommissjonens fortolkningsmeddelelse KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.4.

først og fremst ikke-diskrimineringsprinsippet – stille krav til tildelingen, selv om kravene ikke går så langt som til å utlyse en egentlig anbudskonkurranse.

I det følgende drøftes først når anskaffelsesreglene i EØS-avtalen kommer til anvendelse. Deretter vurderes det hvilke krav som kan utledes av generelle EØS-prinsipper.

Med sikte på tildeling av enerettigheter på enkeltstrekninger kan det reises spørsmål om bruk av anbud er en forutsetning for at eneretten skal være lovlig. Dette spørsmålet tar vi opp i 4.1. nedenfor, der enerettigheter behandles særskilt.

Det følger av ytrspl. § 8 at det ved tildeling av løyve etter § 7 kan benyttes anbud. Hvis løyve skal tildeles etter anbud, gjelder forskrift nr. 400 om anbud i lokal rutetransport av 26. mars 2003, jf. forskriftens § 2 Anvendelsesområde. Det legges til grunn at anbudsforskriften vil bli benyttet ved konkurranseutsetting av riksvegfergedriften, i den utstrekning prosessene ikke omfattes av EØS-avtalens anskaffelsesregler.

3.2 Kort om anskaffelsesregelverket

Offentlige anskaffelser er regulert av lov nr 69 av 16. juli 1999 om offentlige anskaffelser. Regelverket bygger på EØS-avtalens art 65 og vedlegg XVI. EØS-regelverket og den norske implementeringen må fortolkes i samsvar med det tilsvarende regelverket i EU. Av relevans her er først og fremst Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.²² Direktivet er ennå ikke implementert i norsk rett. Moderniseringsdepartementet har utarbeidet et høringsnotat om gjennomføringen av direktivet.²³ For de spørsmålene som drøftes her, synes det imidlertid ikke å være endringer av betydning på trappene.

3.3 Grensen konsesjon – anskaffelseskontrakt

En konsesjonskontrakt i EØS-rettslig betydning innebærer at en privat forplikter seg til et oppdrag, og vederlaget for dette i det vesentlige består i retten til å utnytte oppdraget

²² EFT 2004 L 134 s. 114. Det såkalte forsyningsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester), får ikke anvendelse på maritim transport, jf. direktivet art. 5. Dette er i samsvar med dagens retstilstand, jf. forsyningsforskriften § 4.

²³ Tilgjengelig på <http://odin.dep.no/mod>

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

kommersielt. Grensen mellom anskaffelser og konsesjonskontrakter har tradisjonelt vært trukket etter en risikobetraktning, der en konsesjons særkjennes ved at oppdragstaker bærer den kommersielle risikoen. Konsesjonskontrakt er nå definert i anskaffelsesdirektivet art 1.4. Formuleringen i direktivet innebærer neppe noen realitetsendring i forhold til tidligere rett.

Definisjonen i direktivet lyder:

"Ved "koncessionskontrakt om tjenesteydelser" forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris."²⁴

Det følger av direktivet art 17 at det ikke får anvendelse på tildelingen av slike kontrakter.

Det er ikke noe vilkår at oppdragstaker bærer den hele og fulle risikoen. Som utgangspunkt er det i forhold til anvendelse av direktivet således ikke problematisk at deler av vederlaget består i offentlige subsidier. I kunngjøringen om konsesjonskontrakter uttaler Kommisjonen:

"At direktivet åbner mulighed for, at der til udnyttelsesretten kan være knyttet en pris, ændrer ikke noget i analysen. Det er en mulighed, der forekommer i praksis. I nogle tilfælde afholder staten en vis del af udgifterne til udnyttelse af koncessionen, således at brugeren derved kommer til at betale en lavere pris (dvs. en »social pris«). Statens bidrag kan antage flere former (et garanteret fast beløb, et fast beløb, som udbetales i forhold til antallet af brugere, mv.), men dette ændrer ikke nødvendigvis kontraktens art, hvis det udbetalte beløb blot dækker en del af udgifterne til udførelsen af arbejdet og dets udnyttelse. Det kan hermed fastslås, at begrebet koncession omfatter de tilfælde, hvor staten betaler et vederlag for det udførte arbejde, forudsat at dette vederlag ikke fjerner den risiko, der er forbundet med driften."²⁵

Risikoen vil måtte vurderes i forhold til omsatt mengde. En konstruksjon der det offentlige yter en *rund sum* vil, i den utstrekning denne dekker de vesentlige deler av kostnadene, langt på vei eliminere den kommersielle risiko. Forholdet må da

²⁴ Direktivet er ennå ikke gjennomført i norsk rett, men må på dette punkt anses i samsvar med retstilstanden under det tidligere regimet. Tilsvarende grensedragning må følgelig legges til grunn under loven om offentlige anskaffelser.

²⁵ Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessjoner i EU-lovgivningen, EFT 2000 C 121 s. 2. (Henvisningen til direktivet er til daværende bygge- og anleggsregler).

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

karakteriseres som en anskaffelse. På den annen side må det antas at det offentlige kan dekke en stor del av de faktiske kostnadene hvis det ytes et tilskudd pr. bruker. I prinsippet vil det offentlige kunne refundere de hele og fulle kostnader for kunden.

Der det offentlige refunderer faktisk påløpte kostnader, vil det på den annen side ikke naturlig kunne tales om at vederlaget består i en utnyttelsesrett. Poenget i slike tilfeller er jo at det offentlige faktisk betaler det det koster å produsere tjenesten. I disse tilfellene vil det imidlertid kunne oppstå problematiske grensdragninger der det gis en delvis kostnadsdekning, mens de øvrige kostnader og et overskudd hentes fra brukerbetaling. I slike tilfeller vil en sannsynligvis måtte se på hva som er det vesentlige elementet, dvs. at hvis hovedparten av de faktiske kostnadene refunderes vil forholdet falle innenfor anskaffelsesreglene. Motsetningsvis vil neppe enhver form for kostnadsdekning føre til at anskaffelsesreglene får anvendelse. Det ligger imidlertid i sakens natur at denne må ha en underordnet betydning i forhold til den totale finansieringen.

Innenfor fergetrafikk kan det sondres mellom såkalte netto- og bruttokontrakter. En nettokontrakt innebærer at rederiet selv har den økonomiske risikoen for driften, men mottar offentlig støtte i form av en subsidiering av billettprisene i kombinasjon med prisregulering. Det følger av gjennomgangen at slike tildelinger ikke er underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, og at de formaliserte anbudsprosedyrene følgelig ikke kommer til anvendelse. Dette er annerledes ved bruttokontrakter, der det offentlige kjøper inn drift av fergerute til en pris som er avtalt på forhånd. I slike tilfeller vil anskaffelsesreglene gjelde fullt ut. Nettokontrakter med en delvis dekning av faktiske kostnader må vurderes konkret. I tråd med det som er anført ovenfor, må den faktiske kostnadsdekningen spille en underordnet rolle vis-à-vis de inntekter som genereres ved utøvelsen av retten til å drive sambandet. For å unngå tvil, bør subsidier knyttes til passasjerantallet, dvs. det faktiske "omsatte kvantum", ikke til påløpte kostnader.

Der risikoen allerede er minimal, for eksempel fordi det dreier seg om en enerett med stabil etterspørsel, er det imidlertid ikke åpenbart at det faktum at oppdragstaker bærer den "formelle" risikoen er tilstrekkelig.²⁶ En slik vurdering av risikoen kan imidlertid neppe legges til grunn. Følges resonnementet helt ut, skulle resultatet være at en konsesjonskontrakt aldri kan gis der oppdragstaker reelt oppnår en monopolsituasjon. Det er dessuten på det rene at direktivets definisjon ikke lar risikoen være avgjørende, spørsmålet er om vederlaget består i utnyttelsesretten. Etter vår oppfatning må Kommisjonens henvisning til risiko forstås slik at det dreier seg om eliminering av

²⁶ Se Steinicke/Groesmeier: EU's udbudsdirektiver, s. 104.

risiko gjennom vederlagsutforming, ikke en eksklusjon av tilfeller hvor den kommersielle risikoen er liten. Synspunktet støttes også av tidligere praksis, der Domstolen ikke har gått inn på noen nærmere etterprøving av risikoelementet.²⁷

3.4 Krav til anbudsprosess utenfor anskaffelsesreglene?

Der reglene om offentlige anskaffelser ikke får anvendelse, er spørsmålet om EØS-retten likevel oppstiller krav til prosedyrene for tildeling, dvs. om ut fra alminnelige EØS-rettslige prinsipper kan utledes et krav om at det gjennomføres anbudsprosedyre.

EF-domstolen har ikke tatt endelig stilling til dette. Det synes imidlertid forsvarlig å anta at det ikke gjelder noe generelt krav om bruk av anbud, eller at reglene om offentlige anskaffelser må anvendes analogisk. I RI.SAN saken uttalte generaladvokat Alber at det ikke var "åbenbart" at "der består en generell forpliktelse til at gjennomføre en udbudsprocedure."²⁸ Tilsvarende avviste generaladvokat Fennelly i Telaustria at myndighetene var forpliktet til analogisk anvendelse av anbudsreglene. Fennelly ordla seg som følger:

"Det er min opfattelse, at materiel overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet fordrer, at tildeling af koncessioner sker under iagttagelse af et vist mindstemål af offentlighed og gennemsigtighed. Jeg er enig med Kommissionen i, at det med alle midler må undgås, at tildeling af koncessioner kommer til at foregå tilsløret af hemmelighedskræmmeri og uigennemsigtighed. Jeg anerkender også det synspunkt, der blev fremført af Østrigs repræsentant, at offentlighed ikke nødvendigvis skal jævnføres med offentliggørelse. Hvis den ordregivende myndighed tager direkte kontakt til et vist antal mulige budgivere, og disse ikke alle eller næsten alle er af samme nationalitet som den ordregivende myndighed, vil kravet om gennemsigtighed således efter min opfattelse være overholdt. Gennemsigtighed er derfor i denne forbindelse et spørgsmål om at sikre en grundlæggende retfærdighed og åbenhed i tildelingsprocedurerne, navnlig i forhold til mulige budgivere, som ikke har hjemsted i samme medlemsstat som den ordregivende myndighed. Dette indebærer imidlertid ikke efter min opfattelse, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at anvende bestemmelserne i det fællesskabsdirektiv om indgåelse af offentlige kontrakter, der kommer sagsforholdet nærmest, analogt."²⁹

²⁷ Slik i sak C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, Sml 2000 s. I-10745.

²⁸ Forslag til avgjørelse i sak C-108/98 *RI.SAN. Srl v Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA og Ischia Ambiente SpA*, Sml 1999 side I-5219, avsnitt 38.

²⁹ Forslag til avgjørelse i sak C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, Sml 2000 s. I-10745, avsnitt 43.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Domstolen vurderte ikke spørsmålet om anvendelse av anbud, siden det i saken var kunngjort en oppfordring om å komme med tilbud. Domstolen ga imidlertid uttrykk for følgende retningslinjer for gjennomføringen av en tildeling:

"Selv om de pågående aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes. ... Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurene er upartiske."³⁰

Ut fra dette kan man si at likebehandlingskravet innebærer krav til åpenhet og upartiskhet, men at det ikke går så langt som til et krav om gjennomføring av anbudsprosedyre.³¹

Kommisjonen har formulert kravene som følger:

"Det er Kommissionens opfattelse, at de regler, der er udledt af de relevante bestemmelser i traktaten, kan resumeres med følgende forpligtelser: der skal forefindes faste regler for udvælgelsen af den private partner, der skal ske passende offentliggørelse af, at der vil blive udbudt en koncession, og af reglerne for udvælgelsen, for således at gøre det muligt at kontrollere, at proceduren hele vejen igennem forbliver upartisk, der skal være reel konkurrence mellem de operatører, der er potentielt interesserede og/eller i stand til at gennemføre de pågående opgaver, der skal ske overholdelse af princippet om ligebehandling af alle deltagere i løbet af hele proceduren, og tildelingen skal ske på grundlag af objektive og ikkediskriminatoriske kriterier."³²

All den tid en løyve pr. definisjon utgjør en restriksjon på den frie bevegelighet, vil det sannsynligvis kreves at det er reell mulighet for rederier fra andre EØS-land til å by på

³⁰ Sak C-324/98 Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, Sml. 2000 s. I-10745, slutningen. Se også sak C-483/99 Kommisjonen v Frankrike, Sml. 2002 s. I-4781, prem. 46.

³¹ Slik også H.P. Graver, LoR 2004, på s. 233: "Vi ser med andre ord fra EF-domstolens praksis at likebehandlingskravet klart innebærer krav til åpenhet og upartiskhet, men ikke så klart et krav til utlysning og konkurranseprosedyrer."

³² KOM(2004) 327 endelig: Grønbog om offentlig-private partnerskaper og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessjoner, avsnitt 30.

Konkurranseutsetting av riksvegfergedriften

løyvet. Hva som er nødvendig for å virkeliggjøre denne rettigheten må vurderes konkret, men en form for offentlig tilgjengelige opplysninger må anses som et minstekrav.

3.5 Konklusjon

Anskaffelsesreglene får bare anvendelse på anskaffelseskontrakter, i motsetning til konsesjonskontrakter. Nettokontrakter vil som hovedregel ikke være underlagt EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser, mens bruttokontrakter som hovedregel vil være det.

Der anskaffelsesreglene ikke får anvendelse, vil EØS-retten likevel stille krav til tildelingen, i kraft av alminnelige EØS-prinsipper. Disse kan sammenfattes i krav om åpenhet, objektivitet og gjennomsiktighet. EØS-retten stiller imidlertid neppe opp positive krav til prosedyrene. Bruk av anbudsforordningen synes uansett å tilfredsstille de EØS-rettslige krav som kan oppstilles innenfor reglene om fri bevegelighet. Det understrekes at tilbud også kan være nødvendig for å unngå tvil i forhold til statsstøttereguleringen, jf. om dette statsstøttedelen av dette notatet.

4. **Praktisering av løyvesystemet etter konkurranseutsetting**

4.1 Enerettigheter: Lovlighet

EØS-avtalen er ikke generelt til hinder for at staten tildeler særlige eller eksklusive rettigheter. Det kreves imidlertid at tildelingen av rettigheter, og for øvrig selve rettighetens eksistens, tilfredsstiller kravene som følger av EØS-avtalen. I særlig grad gjelder dette reglene om fri bevegelighet for varer og tjenester, samt konkurransereglene.³³ Det er ikke tvilsomt at EØS-avtalen også omfatter geografisk avgrensede enerettigheter.³⁴

Enerettigheter reguleres ellers av EØS art 59 nr. 1, men denne bestemmelsen kan vanskelig forstås slik at den inneholder noen særskilt materiell lovlighetsvurdering utover det som følger av reglene om fri bevegelighet for varer og tjenester, samt konkurransereglene.³⁵ Bestemmelsen i art 59 nr. 2 kan imidlertid brukes som hjemmel

³³ Jf. sak 155/73 Sacchi, Sml. 1974 s. 409, prem. 14, sak C-260/89 Elliniki Radiophonia, Sml. 1991 s. I-2925, prem. 10,12 og 20. Se dessuten Kommisjonens fortolkningsmeddelelse om koncessjoner i EU-lovgivningen, EFT 2000 C 121 s. 2, på s. 5.

³⁴ Jf. her sak C-475/99 Ambulanz Glöckner, Sml. 2001 s. I-8089.

³⁵ Rammene for art 59 på dette punkt synes imidlertid noe uklare, jf. diskusjonen hos Graver, op.cit., s. 236, Richard Whish: Competition Law, 5th ed. 2004, s. 218 ff.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

for å opprettholde en enerett som ellers utgjør en restriksjon på den frie bevegelse, jf. nedenfor.

Dessuten legger konkurransereglene særskilte føringer på et foretaks utnyttelse av en slik enerett, jf. imidlertid forbeholdet i EØS art 59 nr. 2. Aktørenes utøvelse av sine respektive enerettigheter og de rettslige rammene for dette er nærmere omtalt i statsstøttedelen.

Det er på det rene at det eksisterende systemet med behovsprøvet løyve bygger på tildeling av enerettigheter, samtidig som det så vidt vi forstår ikke er planer om å åpne for konkurrerende rutedrift på riksvegfergestrekninger. Et grunnleggende spørsmål er derfor om tildeling av slike enerettigheter kan komme i konflikt med EØS-avtalen.

I sin fortolkningsmeddelelse fremholder Kommisjonen:

"I behørigt begrundede tilfælde kan indrømmelse af eneret anses for det eneste egnede middel til at opfylde væsentlige transportbehov, når den indrømmes for en begrænset periode og efter gennemførelse af en åben og retmæssig EF-udbudsprocedure, der ikke indebærer forskelsbehandling. Der kan også indrømmes eneret på en måde, der altid indebærer begrænsning af adgangen for yderligere tjenesteydelser på ikke-diskriminerende betingelser, samtidig med at der drages omsorg for at beskytte den operatør, der leverer de tjenesteydelser, som opfylder de væsentlige transportbehov med eneret.

Kommissionen understreger dog, at man i mange tilfælde kan nøjes med mindre restriktive foranstaltninger end eneret for at undgå, at der er operatører på markedet, "der skummer fløden", og for at reducere den nødvendige statsstøtte. En operatør, der skal opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste hele året rundt i henhold til en kontrakt uden at have eneret, kan lide under en anden operatørs adfærd, hvis sidstnævnte uden at være pålagt forpligtelser til offentlig tjeneste kan få adgang til markedet kun i de måneder af året, hvor der er større fortjeneste, og derved kraftigt mindske førstnævntes indtjening."³⁶

Det følger av dette at enerettigheter ikke kan innrømmes med automatikk, men at de må underlegges en *konkret proporsjonalitetsvurdering*. Dette fordi en enerett vil virke mer inngripende for den frie bevegelse enn løsninger som involverer flere rederier. Enerettigheter kan imidlertid tildeles av hensyn til trafikkgrunnet, således at ruter som krever kontinuerlig drift gjennom hele året kan kreve beskyttelse mot kortsiktig konkurranse ved trafikktopper eller i ferietiden.

På samme måte som for løyvesystemet, kan det reises spørsmål om tildeling av enerettigheter kan vurderes på et overordnet nivå, eller om en enerett må forsvares ut fra

³⁶ Kommisjonens fortolkningsmeddelelse KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.5.1.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

forholdene på den enkelte strekning. Muligens kan det hevdes at et overordnet løyvesystem med enerettigheter for den enkelte strekning på riksvegfergenettet må kunne opprettholdes ut fra hensynet til å sikre et effektivt riksvegnett, med korresponderende og koordinerte avganger. Etter vår oppfatning er dette imidlertid noe usikkert.

Der eneretten er tildelt etter en anbudskonkurranse synes den imidlertid å kunne opprettholdes. I slike tilfeller vil adgangen til markedet i prinsippet være åpen for ethvert foretak som ønsker å yte tjenesten. Anbudskonkurranse vil således være en hensiktsmessig løsning for å gjøre ordningen og enerettigheten EØS-rettslig robust, idet en enerettighet som er tildelt etter anbudskonkurranse neppe vil kunne sies å utgjøre noen restriksjon på den frie bevegelse.

En enerettighet kan også begrunnes i art 59 nr. 2, jf. om innholdet i begrepet tjeneste av allmenn økonomisk betydning avsnitt 8 og 15 nedenfor. I en sak om enerettigheter på gassseksport og -import i Frankrike, uttalte Domstolen for eksempel at

"Det fremgår af artikel 90, stk. 1, sammenholdt med stk. 2, således som disses rækkevidde er bestemt i det foregående, at stk. 2 kan påberåbes som grundlag for, at en medlemsstat tildeler en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, enerettigheder, der navnlig er i strid med traktatens artikel 37, i det omfang opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den, kun kan sikres ved tildeling af sådanne rettigheder, og forudsat at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse."³⁷

I Corsica Ferries uttalte EF-domstolen om en enerett for fortøyningstjenester:

"Indledningsvis bemærkes, at det, med hensyn til en eventuel hindring for den frie udførelse af fortøyningstjeneste er tilstrækkeligt at henvise til bemærkningerne vedrørende anvendelsen af den undtagelse fra traktatens regler, som er foreskrevet i traktatens artikel 90, stk. 2, for at antage, at en sådan hindring, såfremt den eksisterer, ikke strider mod traktatens artikel 59, idet betingelserne for at anvende artikel 90, stk. 2, er opfyldt."³⁸

Det følger av dette at enerettigheter til å drive fergetransport på riksvegnettet også vil kunne opprettholdes i kraft av art 59 nr. 2, forutsatt at driften kan karakteriseres som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, jf. avsnitt 15 nedenfor. Etter vår oppfatning

³⁷ Sak C-159/94 Kommisjonen v Frankrike, Sml. 1997 s. I-5815, prem. 49.

³⁸ Sak C-266/96 Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl m. fl., Sml. 1998 s. I-3949, prem. 59.

er det imidlertid neppe nødvendig å forankre lovligheten i art 59 nr. 2, idet en tildeling gjennom anbudsprosedyre vil føre til at enerettighetene ikke anses som en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester.

Således ligger det etter vår mening ingen konkret forpliktelse i EØS-avtalen til å åpne for konkurrerende ruter på samme samband, dvs. at det kan opprettholdes et system med enerettigheter på de ulike fergestrekninger.

Ut fra dagens regime kan det reises spørsmål om enerettigheter kan anses lovlige så lenge de ikke er tildelt etter anbudsprosedyre, jf. Kommisjonens forutsetning i sitatet ovenfor. Det er imidlertid usikkert om gjeldende rett kan forstås slik at anbudskonkurranse er en forutsetning for å tildele en enerett på lovlig måte.³⁹ For så vidt gjelder eksisterende kontrakter, følger det direkte av kabotasjeforordningen art. 4.3 at "Eksisterende kontrakter om offentlig tjeneste kan fortsette å gjelde inntil de utløper".

4.2 Kabotasjeforordningen art. 4: Vilårsstillelse

I dette avsnittet behandles adgangen til å pålegge rederier vilkår om offentlig tjenesteyting. Fokus ligger her på kabotasjeforordningen av art. 4, som angir rammene for å pålegge offentlige tjenesteytelser ved visse overfarer.

Forordningens art 4 lyder, slik den er gjennomført i norsk rett:

"1. En EØS-stat kan inngå kontrakter om offentlig tjeneste med skipsrederier som deltar i regelmessig fart til, fra og mellom øyer, eller pålegge dem forpliktelser til offentlig tjeneste som vilkår for å yte kabotasjetjenester.

Når en EØS-stat inngår kontrakter om offentlig tjeneste eller pålegger forpliktelser til offentlig tjeneste, skal den gjøre det uten forskjellsbehandling av EØS-skipsredere.

2. Når EØS-statene pålegger forpliktelser til offentlig tjeneste, skal de begrense seg til krav til hvilke havner som skal anløpes, regelmessighet, kontinuitet, hyppighet, evne til å yte tjenesten, rater som skal benyttes, og fartøyets besetning.

Alle EØS-skipsredere skal ha adgang til å motta eventuell godtgjørelse for forpliktelser til offentlig tjeneste.

3. Eksisterende kontrakter om offentlig tjeneste kan fortsette å gjelde inntil de utløper."

Bestemmelsen setter opp relativt detaljerte kriterier for hva som lovlig vil kunne pålegges. Artikkel 4 kan likevel ikke ses på som en uttømmende oppregning av hva som lovlig kan pålegges eller stilles som vilkår; dette må vurderes ut fra en tolkning av læren

³⁹ Krav til anbudsprosedyre kan neppe heller utledes av EØS art. 59, jf. her Graver, op.cit., s. 236 ff.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

om tvingende allmenne hensyn under tjenestereglene. Art. 4 kan i stedet ses på som en slags "safe harbour".

I fortolkningsmeddelelsen har Kommisjonen forklart art 4s funksjon som følger:

"Søtransport af passagerer og gods er af afgørende betydning for beboerne på Europas øer. Derfor er der udformet et særligt regelsæt for beskytte nogle af disse søtransportforbindelser, som ikke betjenes tilfredsstillende af markedet. Forordningen giver medlemsstaterne en ramme, inden for hvilken de på en måde, der er forenelig med fællesskabsreglerne, kan organisere indgreb på markedet gennem begrænsninger i markedsadgang eller finansiering, der kan henføres til, at der pålægges offentlig tjenesteforpligtelser i forbindelse med maritime tjenesteydelser."⁴⁰

Et første spørsmål ved vurderingen av de norsk riksvegfergene knytter seg til bestemmelsens anvendelsesområde, dvs. om bestemmelsen overhodet får anvendelse på tildeling av løyver på riksvegfergenettet under yrkestransportloven. Etter sin ordlyd omfatter bestemmelsen bare trafikk til, fra eller mellom øyer. Kommisjonen har i sin fortolkningsmeddelelse lagt til grunn at dette også gjelder visse overfarer over fjorder. Det heter:

"I henhold til ordlyden i artikel 4, stk. 1, kan forbindelser undergivet forpligtelser til offentlig tjeneste kun være ruter til, fra og mellem øer. Lange flodmundinger eller fjorde, som medfører en omvej på ca 100 km ad veje kan behandles som øer i henhold til dette afsnit, da de kan føre til, at bebyggede områder isoleres fra hinanden på tilsvarende vis."⁴¹

Selv om Kommisjonens fortolkning ikke er bindende, synes den å utgjøre en forsvarlig tolkning av forordningen. Klart nok vil de samme hensyn som for øyer gjøre seg gjeldende. På den annen side vil hensynet til et sammenhengende og koordinert riksvegfergenett ikke nødvendigvis være det samme som hensynet til å unngå isolasjon av områder. Det synes imidlertid forsvarlig å anta at forordningen ikke vil stenge for offentlig tjenesteforpliktelse på riksvegfergenettet.

Artikkelen skiller mellom forpliktelser til offentlig tjeneste og kontrakter om offentlig tjeneste. I den utstrekning det velges en modell med kontrakt, dvs. at det offentlige kjøper inn transporttjenester, er det på det rene at det offentlige vil ha stor frihet mht. å definere den tjeneste som skal kjøpes inn. Er man utenfor det

⁴⁰ KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.0.

⁴¹ KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.1. Kommisjonen legger til at "Forholdet mellem afstanden rundt om flodmundingen og afstanden tværs over bør være ca. 10 eller mere."

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

kabotasjeforordningen omtaler som "kontrakt om offentlig tjeneste", vil adgangen være mer begrenset, jf. forordningen art 4. Kommisjonen angir forskjellen mellom de to reguleringstilnærmingene som følger:

"En kontrakt om offentlig tjeneste er det instrument, er normalt benyttes til at danne rammen om offentlig tjenesteforpliktelse, når en generell ramme, der gjelder for alle rederier, der ønsker at besejle en given rute, evt. ikke er tilstrækkelig til at opfylde væsentlige transportbehov, navnlig hva angår de generelle kvalitetskrav for en given tjenesteydelse."⁴²

Kontrakt om offentlig tjeneste er etter forordningen art 2(3) definert som følger:

"en kontrakt inngått mellom vedkommende myndigheter i en EØS-stat og en EØS-skipsreder for å tilby allmennheten tilstrekkelige transporttjenester."

For de nærmere pålegg som kan gis reguleres dette av art 4 i forordningen, samt av art 2(3) om offentlige tjenestekontrakter. I art 4 heter det at

"En EØS-stat kan inngå kontrakter om offentlig tjeneste med skipsrederier som deltar i regelmessig fart til, fra og mellom øyer, eller pålegge dem forpliktelser til offentlig tjeneste som vilkår for å yte kabotasjetjenester."

Som eksempler på hva som kan pålegges under en slik offentlig kontrakt følger det av art 2(3) at

"En kontrakt om offentlig tjeneste kan særlig omfatte

- transporttjenester som oppfyller fastsatte standarder for kontinuitet, regelmessighet, kapasitet og kvalitet,
- tilleggstransporttjenester,
- transporttjenester til bestemte priser og på bestemte vilkår, særlig for visse kategorier passasjerer eller på visse ruter,
- tilpasninger av tjenester til faktiske behov"

Dette er imidlertid ingen positiv angivelse. Det følger også av Kommisjonens fortolkningsmeddelelse at

⁴² KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.3.1.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

"Artikel 2 nr. 3, fastsetter kun en vejledende angivelse af anvendelsesområdet for 'kontrakter om offentlig tjeneste'. Medlemsstaterne kan gå længere."⁴³

Hvilke krav som reelt kan stilles, må således vurderes konkret på bakgrunn av behovet ved den enkelte overfart. Det er vanskelig å se at EØS-retten legger reelle begrensninger her.

En kontrakt om offentlig tjeneste kan være enten en anbuds- eller en konsesjonskontrakt. Kravene til prosedyre er behandlet i 4 ovenfor. I den utstrekning anskaffelsesreglene får anvendelse, vil tildelingskriteriene for kontrakten også reguleres av dette regelsettet. Også de generelle EØS-rettslige prinsippene legger imidlertid føringer på tildelingskriteriene der en er utenfor anskaffelsesreglens anvendelsesområde.

For så vidt gjelder *krav til rederen*, ligger det i sakens natur at forskjellsbehandling etter nasjonalitet ikke kan være et kriterium. Krav som stilles til åpenhet, gjennomsiktighet mv. har som formål å sikre at diskriminering ikke finner sted. I fortolkningsmeddelelsen om kabotasjeforordningen viser Kommisjonen også til at

"I henhold til forbuddet mod forskelsbehandling, der er fastsat i forordningen, kan medlemsstaterne ikke fastsette krav, der er "skræddersyede" til et bestemt rederi, og som ville forhindre andre EF-redere i at få adgang til markedet, og de må heller ikke pålægge forpligtelser, der kan have den nævnte virkning."⁴⁴

I praksis vil det enkelte vilkår som stilles måtte vurderes konkret i forhold til dette kriteriet. I sin fortolkningsmeddelelse er Kommisjonen særlig opptatt av plikt til å overta materiell fra tidligere operatør, samt krav til bemanning.⁴⁵ Begge typer vilkår kan godtas under visse forutsetninger; på dette punkt vises det til Kommisjonens meddelelse. Kravene etter § 4 i ytrspl. til vandel og økonomisk evne, må anses som saklige og vil neppe være problematiske.

I tilfeller hvor det *ikke* inngås en anbuds- eller konsesjonskontrakt, men det offentlige går inn og pålegger forpliktelser på rederier som opererer på en strekning, er adgangen til å stille vilkår mer begrenset, idet kabotasjeforordningen inneholder en positiv angivelse av lovlige vilkår.

⁴³ KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.3.1. Vår uthevelse.

⁴⁴ KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.3.2.

⁴⁵ L.c.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Iht. art 4 gjelder dette "krav til hvilke havner som skal anløpes, regelmessighet, kontinuitet, hyppighet, evne til å yte tjenesten, rater som skal benyttes, og fartøyets besetning." Slik regulering gjennom pålegg av forpliktelser overfor rederier som betjener en strekning synes imidlertid ikke å være noen aktuell reguleringsmåte for riksvegfergedriften, og behandles ikke videre her.

5. Noen særlige spørsmål

5.1 Utlysning av flere strekninger under ett?

Det er reist spørsmål om EØS-rettslige skranker for konkurransetsetting av "pakker av samband", dvs. at flere strekninger lyses ut under ett. Dette kan reise problemstillinger i forhold til krysssubsidiering, jf. krrl. § 11 / EØS art 54, samt under statsstøttereglene. Det vises i denne sammenheng til statsstøttedelen. Spørsmålet er aktuelt både der det lyses ut kontrakter som er omfattet av EØS-anbudsreglene, og der det benyttes tilbud etter anbudsforskriften. Vi har fått opplyst at en aktuell problemstilling kan være at flere overfarter over en fjordarm kobles, for å gjøre det mulig å finansiere driften av det minst lønnsomme sambandet.

Spørsmålet er først om anskaffelsesreglene kan være til hinder for at pakker av samband legges ut på tilbud under ett. Som utgangspunkt er det imidlertid under anskaffelsesreglene opp til oppdragsgiver selv å definere den ytelsen han ønsker. I forhold til anskaffelsesreglene er problemet oftest det motsatte, nemlig at et oppdrag deles opp i den hensikt å komme under regelverkets terskelverdier. Dette gjør seg ikke gjeldende her, der problemstillingen er at oppdraget utvides. Også en slik utvidelse kan imidlertid komme i konflikt med reglene om fri bevegelse, i den utstrekning utvidelsen ikke er objektivt begrunnet og reelt sett virker mer tyngende for utlendinger enn innlendinger.

Problemstillingen er berørt i Kommisjonens fortolkningsmeddelelse under kabotasjeforordningen, da som et utslag av reglene om fri bevegelse for tjenester:

"Medlemsstater ønsker ofte at sammenknytte offentlig tjeneste-ruter til og fra forskjellige øer for at opnå stordriftsfordele og tiltrække operatører. Sammenknytninger er ikke som sådan i modstrid med fællesskabsretten, når blot det ikke fører til forskelsbehandling. Hvad der er den mest passende omfang af en sådan sammenknytning, bør afgøres under hensyn til, hvordan der opnås den bedste synergi med henblik på opfyldelsen af væsentlige transportbehov."⁴⁶

⁴⁶ KOM (2003)595 endelig, avsnitt 5.5.3.

Kommisjonens bekymringer knytter seg til situasjonen der ulike strekninger sammenkobles til en pakke som er særskilt tilpasset eksisterende eller nasjonale aktører, og slik indirekte utgjør forskjellsbehandling. Vurderingen i slike tilfeller er todelt. Først er spørsmålet om koblingen virker diskriminerende, ved at den rammer utenlandske aktører hardere enn innenlandske. I tilfelle er spørsmålet om den likevel kan rettferdiggjøres som saklig og objektivt begrunnet, evt. under henvisning til art. 39 jf. 33. Utgangspunktet er likevel at en sammenkobling ikke som sådan er EØS-stridig, i den forstand at den ikke i seg selv utgjør noen "mer-restriksjon" i forhold til den offentlige regulering av tilgangen til markedet. Samtidig er det slik at sammenkobling kan gjøre et mer kommersielt interessant å drive ferger, slik at koblingen kan virke positivt på den frie bevegelighet for tjenester.

Etter vår oppfatning må det skilles mellom koblinger som er begrunnet i drifts- og logistikkmessige hensyn på den ene siden, og koblinger som er begrunnet i rent økonomiske hensyn på den andre. Den førstnevnte kategorien synes uproblematisk, med mindre en fremstår som særskilt tilpasset enkeltrederier og de drifts- eller logistikkmessige hensynene kunne vært ivaretatt på en annen måte av andre rederier. Kriteriene må således knyttes til sambandenes egenart, ikke til konkrete fordeler for enkeltrederier, for eksempel at samdrift er særlig lønnsomt av hensyn til et enkeltrederis sammensetning av fergeflåte.

Kobling ut fra økonomiske hensyn, dvs. der et lønnsomt og et mindre lønnsomt samband kobles sammen og det overlates til rederiet å fordele overskudd/underskudd, kan ut fra allmenne EØS-prinsipper være mer problematisk. Som hovedregel vil økonomiske hensyn ikke godtas som begrunnelse for restriksjoner. Under forutsetning av at det ikke representerer en "mer-restriksjon", vil imidlertid sammenkobling neppe kunne utfordres EØS-rettslig. Igjen er forutsetningen at det ikke i praksis virker mer tyngende for utenlandske aktører enn innenlandske. Fortrinnsvis bør imidlertid koblinger kunne begrunnes ut fra andre hensyn enn økonomiske, for å unngå eventuelle innvendinger under EØS-avtalen. I den utstrekning det er nødvendig å krysssubsidiere mellom samband – noe som ikke i seg selv kan anses ulovlig – bør det vurderes om dette kan realiseres på andre måter enn gjennom sammenkobling av samband som ikke har noen drifts- eller logistikkmessig tilknytning.

5.2 Én anbyder: Forhandlingsforbud?

En situasjon der det bare er inngitt ett anbud reiser flere problemstillinger. Ett spørsmål er om oppdragsgiver i tilfelle er forpliktet til å tildele anbudet til anbyderen, eller om konkurransen kan avlyses. Et annet spørsmål er om anbudsinnbyder i tilfelle vil kunne forhandle med anbyder. I det følgende vurderes spørsmålet under EØS-anskaffelsesreglene.

Den første problemstillingen var oppe i Fracasso. Her var Domstolen forelagt spørsmålet om "en ordregivende myndighet, som har iværksatt et udbud, er forpliktet til at tildele ordren til den eneste bydende, der er blevet anset for egnet til at deltage i proceduren."⁴⁷ Domstolen fant at dette ikke var tilfelle. På bakgrunn av senere praksis synes imidlertid adgangen til avlysning av konkurransen relativt vid, og en avlysning på bakgrunn av at det ikke har kommet inn mer enn ett bud synes ikke problematisk.⁴⁸

I tilfeller hvor avlysning kan skje, typisk fordi det ikke foreligger konkurrerende bud, vil muligheten for avlysning kunne skape en pressituasjon for tilbyder om å inngå forhandlinger. Spørsmålet om det i disse situasjonene lovlig kan inngås forhandlinger med tilbyderen, er imidlertid ikke enkelt. Spørsmålet har ikke vært gjenstand for avgjørelse fra EF-domstolen, og løsningen må bero på en tolkning av forhandlingsforbudets rekkevidde. Dette blir i første rekke et spørsmål om overholdelse av likebehandlingsprinsippet, jf. at formålet med det såkalte forhandlingsforbudet først og fremst er å sikre at dette overholdes.

Det kunne vært argumentert med at når oppdragsgiver kan avlyse (dvs. at han ikke er forpliktet til å tildele til den eneste anbyder), må han også kunne forhandle med den samme. Dette argumentet kan imidlertid bare gjelde i forhold til anbyderens interesse (dvs. at han må tåle å bli trukket inn i forhandlinger), i den forstand at argumentet om avlysning ikke kan være avgjørende i forhold til andre leverandører og likebehandlingsprinsippet.

Der konkurransen må anses som mislykket fordi det bare er én tilbyder, vil dette formålet om likebehandling imidlertid ikke skades ved forhandlinger. Dette tilsier at forhandlinger må kunne inngås. Antagelsen støttes av litteraturen på området.⁴⁹ Dette

⁴⁷ Sak C-27/98 Metalmeccanica Fracasso SpA og Leitschutz Handels- und Montage GmbH v Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, Sml. 1999 s. I-5697, prem. 18. (Avgjort under bygge- og anleggsdirektivet).

⁴⁸ Se på dette punkt Steinicke/Groesmeier: EU's udbudsdirektiver, s. 341 ff.

⁴⁹ Jf. eksempelvis Dragsten/Lindalen: Lov om offentlige anskaffelser med kommentarer, Oslo 2005, s. 713, med henvisning til Arrowsmith. Se mer generelt om forhandlingsforbudet og vern av anbyder Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar, spesielt s. 628 om situasjonen der forhandling ikke har konkurransevidende potensial.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

forutsetter imidlertid at det ikke skjer vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget. Dersom grunnlaget for konkurransen endres, vil jo anbydere som kunne gitt tilbud på det endrede grunnlaget, i praksis være utestengt.

5.3 Tildeling av løyver mot betaling?

Det er stilt spørsmål om det vil være mulig å ta betalt for løyver. Reelt sett blir dette et spørsmål om løyver kan auksjoneres bort til høystbydende. Vi presiserer at vi ikke har vurdert hvilke endringer som eventuelt vil måtte gjøres i det internrettslige regelverket for å gjennomføre slike prosesser.

Med tanke på EØS-retten, kan vi som utgangspunkt ikke se at det skulle finnes prinsipielle skranker i EØS-avtalen for en slik ordning. Snarere vil en auksjonsform, på samme måte som anbudsprosesser ved offentlige anskaffelser, sikre at løyvet tildeles til den mest effektive operatør. Tilsvarende auksjoner er kjent fra bla. telesektoren med auksjoner over utbyggingstillatelser for mobilnett. Vi er ikke kjent med at slike prosesser har vært utfordret som restriktive i forhold til fri bevegelse for tjenester. Forutsetningen er nødvendigvis at løyvesystemet står seg, og at de enerettigheter som auksjoneres bort ikke vurderes som restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester.

Ved gjennomføringen av auksjonen er forutsetningen i forhold til EØS-avtalen må være at aktører har samme adgang til auksjonen, dvs. at det sikres gjennomsiktighet, objektivitet og ikke-diskriminering.

5.4 Tariffregulering og takster

Det er reist spørsmål om EØS-avtalen legger føringer på prissetting av billetter. Dette spørsmålet har to sider; om EØS-retten legger begrensninger på det offentliges adgang til å regulere og fastsette takster, og om EØS-avtalens konkurranseregler for foretak eventuelt kan legge føringer for rederienes prissetting.

Det finnes ikke sekundærlovgivning som regulerer adgangen til å fastsette takster på riksvegferger, slik det f.eks. gjør for bomveger.⁵⁰ Reglene om statsstøtte vil heller ikke komme inn her; regulering av takster betyr bare at det offentlige påvirker

⁵⁰ Jf. her Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/62/EF af 17. juni 1999 om afgifter på tunge godskøretøjer for benyttelse af visse infrastrukturer, EFT 1999 L 187 s. 42 (eurovignett direktivet), jf. forskrift av 24. november 1995 nr. 893 om innkreving av bompenger i visse tilfeller – gjennomføring av direktiv 1999/62/EF.

betalingsstrømmen mellom private aktører (dvs. betaling fra bruker til operatør). Selv om dette kan gi operatøren økte inntekter, utgjør dette ikke støtte gitt av statsmidler.⁵¹

Det offentlige vil imidlertid ikke kunne iverksette takster som direkte eller indirekte virker diskriminerende etter nasjonalitet. Dette vil i tilfelle fanges opp direkte av det generelle forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i EØS-avtalen art 4. Et mulig eksempel kan være rabatter som forbeholdes beboere i bestemte regioner.

Det kunne vært reist spørsmål om storbrukerrabatter, typisk månedskort, kunne vært i strid med dette prinsippet, siden rabatten enklere kan oppnås av fastboende eller innenlandske transportører. Etter vår oppfatning vil dette imidlertid ikke være tilfellet. Rabatten gis i tilfelle etter rent objektive kriterier, og er begrunnet i den faktiske bruken av fergen. En eventuell virkning på den frie bevegelse for transporttjenester synes for usikker og indirekte vil utløse de EØS-rettslige reglene.

Vi kan heller ikke se at EØS-retten setter skranker for regulering av tariffen som forutsetter krysssubsidiering mellom ulike samband. Det bemerkes at EØS-retten og eurovignettdirektivet legger begrensninger på adgangen til å krysssubsidiere mellom veganlegg, dvs. at det gjelder et nytteprinsipp i den forstand at brukeren av vegen bare skal betale for det veginnlegget han faktisk bruker.⁵² I mangel av sekundærlovgivning på vårt område, måtte EØS-rettslige skranker for regulering av takster som forutsetter krysssubsidiering mellom samband i tilfelle etableres direkte som en restriksjon på den frie bevegelse for vegtransport. Vi kan imidlertid ikke se at dette skulle være tilfelle.

For rederienes del kan det reises spørsmål om de alminnelige konkurransereglene for foretak legger begrensninger på fergetakstene. Først og fremst gjelder dette EØS art 54 om forbud mot misbruk av dominerende stilling, jf. også den norske konkurranseloven av 5. mars 2004 nr. 12, § 11.

EØS-reglene for foretak får imidlertid ikke anvendelse på prissetting der det foreligger en bindende tariff fastsatt av myndighetene. Konkurransereglene for foretak retter seg mot handlinger foretatt innenfor foretakenes private autonomi (den såkalte læren om "state compulsion").

Selv om takstene skulle være et produkt av foretakenes private autonomi skal det imidlertid en del til før regelverket vil være overtrådt. Anvendelse av art 54 forutsetter at det foreligger en dominerende stilling. Ved vurdering av dominerende stilling må det avgrenses et relevant marked. Deretter vurderes det om det foreligger en dominerende stilling på dette. Der et fergereferi har enerett på å drive et bestemt samband, kan det

⁵¹ Jf. nærmere om vilkårene nedenfor i statsstøttedelen.

⁵² Jf. her sak C-205/98 Kommisjonen v Østerrike, Sml. 2000 s. I-7367, prem. 130.

hevdes at rederiet har en dominerende stilling på dette sambandet, og at sambandet utgjør et eget relevant marked. Spørsmålet er i tilfelle hvilke begrensninger EØS-retten og konkurranseloven legger på prissetting. Mao. er spørsmålet hva som kan sies å utgjøre et misbruk av den dominerende stillingen.

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling er først og fremst en regel som beskytter andre foretak mot konkurranseskadelige handlinger fra dominerende foretak. Dette kan dreie seg om forretningsnektelser, prisdumping eller tiltak som virker innelåsende for kunder, typisk lojalitetsrabatter. Bestemmelsen kan også fange opp urimelig adferd overfor kunder, i første rekke urimelige høye priser.

For at et rederi som opererer under en enerettighetsbeskyttelse skal misbruk sin dominerende stilling forutsetter dette at adferden kan påvirke konkurransen på markedet. Så lenge rederiet lovlig er tildelt en enerettighet vil det ikke kunne foreligge konkurransebegrensende misbruk på den aktuelle strekningen. Betydningen av EØS art 54 er således utelukkende at rederiet ikke må ta urimelig høye priser. Dette ser vi ikke på som en aktuell problemstilling. En dominerende stilling kan imidlertid også misbrukes ved å begrense konkurransen på tilstøtende markeder. Heller ikke dette ser vi på som en aktuell problemstilling.

6. Oppsummering

Punktvis kan gjennomgangen oppsummeres som følger:

- Kabotasjeforordningen gir reglene om fri bevegelighet for tjenester anvendelse på fergesektoren.
- Løyvesystemet under yrkestransportloven utgjør i utgangspunktet en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester.
- Løyvesystemet kan rettferdiggjøres som et proporsjonalt virkemiddel for å sikre en sammenhengende fergedekning på riksvegnettet. Her vil riksvegfergene etter vår mening kunne vurderes under ett.
- EØS-avtalen legger føringer på tildelingsprosessen av ruteløyver, enten Avtalens anskaffelsesregler får anvendelse eller ikke:
- Konesjonskontrakter faller utenfor anskaffelsesreglene. En konesjonskontrakt innebærer at betalingen for rederen består i retten til å utnytte sambandet kommersielt, og at han må ta en viss risiko. At det gis offentlige tilskudd, betyr ikke at anskaffelsesreglene automatisk får anvendelse. Dette vil i praksis gjelde for såkalte nettokontrakter.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

- Kan forholdet klassifiseres som en konsesjonskontrakt, stilles det krav om åpenhet, objektivitet og ikke-diskriminering. Offentliggjøring må anses som et minstekrav, men det stilles for øvrig ikke positive krav til fremgangsmåte.
- Tildeling av en enerettighet til å betjene en rute må begrunnes ut fra proporsjonalitetshensynet. En anbudsprosedyre vil etter Kommisjonens oppfatning være en forutsetning. Dette kan imidlertid neppe anses som en generell forutsetning for at enerettigheten skal stå seg.
- Reglene om fri bevegelse oppstiller krav til hvilke forpliktelser som kan pålegges redere. Forpliktelser må kunne begrunnes ut fra hensynet til å opprettholde et forsvarlig fergetilbud, og ut fra proporsjonalitetsprinsippet. Med disse begrensninger synes det offentlige å ha en ganske stor frihet mht. å stille vilkår i de tilfellene det inngås en anbuds- eller konsesjonskontrakt.

Oppsummeringsvis synes en konkurranseutsetting på bakgrunn av anbudsforskriften å være i samsvar med EØS-retten. Det sentrale er at hvert enkelt element er gjennomtenkt og kan begrunnes ut fra hensynet til en forsvarlig fergedrift.

DEL III STATSSTØTTE

7. Innledning

Statsstøttereglene skal sikre at avtalepartene ikke begunstiger egne lands foretak med subsidier eller annen form for støtte, som påvirker konkurransen negativt i forhold til foretak fra andre EØS-land som ikke mottar tilsvarende støtte. EØS-avtalens artikkel 61 forbyr derfor avtalepartene å gi statsstøtte til foretak. Der det offentlige overlater til private aktører å utføre tjenester som kommer allmennheten til gode, private aktører utfører ”offentlig tjeneste”, vil den kompensasjon som gis for tjenesteytelsen kunne reise spørsmål i forhold til forbudet mot statsstøtte i artikkel 61. I denne delen vil vi drøfte om forbudet mot statsstøtte i artikkel 61 kommer til anvendelse på den kompensasjon det offentlige yter til fergelederier som gis i oppgave å yte fergetjenester på riksveisambandet.

Den statsstøtterettslige vurdering er etter EØS-avtalens artikkel 61 delt i tre. Artikkel 61(1) forbyr statsstøtte til foretak som påvirker samhandelen og vrir konkurransen. Støtteordninger som omfattes av forbudet kan allikevel gjennomføres etter forutgående notifikasjon til ESA dersom de faller inn under unntakene i artikkel 61(2) eller oppfyller kriteriene for dispensasjon etter artikkel 61(3). I drøftelsen av om kompensasjon for fergetjenester på riksveisambandet vil være eksponert i forhold til artikkel 61 vil vi følge bestemmelsenes systematikk. Vi vil i avsnitt 9 til 12 først undersøke hvilke vilkår en kompensasjonsordning må tilfredsstillende for å ikke omfattes av forbudet mot å gi statsstøtte i artikkel 61(1). Deretter vil vi i avsnitt 13 gjøre rede for unntakene i artikkel 61(2). I avsnitt 14 vil vi redegjøre for dispensasjonsadgangen i artikkel 61(3).

Selv om en ordning er i strid med artikkel 61, åpner EØS-avtalens artikkel 59(2) ledd for at foretak som er pålagt ”tjenester av almen økonomisk betydning” kun blir underlagt EØS-avtalens regler, derunder statsstøttereglene, ”i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Selv om en kompensasjon for å utføre fergetjenester er å betrakte som statsstøtte etter artikkel 61, vil den således allikevel være tillatt etter artikkel 59(2) dersom støtten er nødvendig for at et fergetilbud av den aktuelle hyppighet og kvalitet skal bli tilbudt. Om artikkel 59(2) vil kunne komme til anvendelse på kompensasjon for fergetjenester på riksveisambandet vil bli drøftet i avsnitt 15.

Før vi drøfter artikkel 61 og artikkel 59(2), vil vi i avsnitt 8 undersøke om det er særtrekk ved offentlige tjenesteytelser som gjør at de må vurderes annerledes i forhold til EØS-avtalen enn annen tjenesteyting.

8. EØS-avtalen og ”offentlige tjenester”

Tjenester som en avtalepart er pliktig å yte til sine borgere har i utgangspunktet ikke noen særstilling i EØS-avtalen, men er underlagt EØS-avtalens generelle regler. Dersom tjenesteytingen foretas som et ledd i en økonomisk virksomhet vil EØS-avtalen regulere forholdet, forutsatt at det har grenseoverskridende virkning. Dette innebærer at konkurransereglene vil kunne anvendes på foretak som tilbyr slike tjenester. Det gjelder også dersom det er en offentlig enhet som gjør dette, da enheten i forhold til artikkel 53 og 54 er å betrakte som et foretak.⁵³ Dersom tjenesteytelsen overlates til et privat foretak vil den økonomiske kompensasjonen fra det offentlige til foretaket måtte vurderes i forhold til forbudet mot statsstøtte i artikkel 61. Videre må tildelingen av en kontrakt til et foretak om å utføre offentlig tjeneste skje under hensyntagen til reglene om offentlige anskaffelser.

Dersom et foretak er pålagt å utføre en tjeneste av ”almen økonomisk betydning” åpner artikkel 59(2) for at konkurransereglene, derunder statsstøttereglene, kun kommer til anvendelse ”i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Det er ikke tilstrekkelig at det påhviler det offentlig en plikt å yte en bestemt tjeneste til at denne er å betrakte som en tjeneste av ”almen økonomisk betydning” etter artikkel 59(2). Artikkel 59(2) stiller som krav at tjenesten må ha samfunnsbetydning ut over at forvaltningen anser det som nødvendig å pålegge noen å utføre tjenesten.

EF-traktaten artikkel 16 fremhever betydningen av tjenester av ”alminnelig økonomisk interesse”. Bestemmelsen fastslår at Fellesskapet og medlemsstatene ”hver av dem i samsvar med sin myndighet og innen denne traktatens virkeområde, [skal] sørge for at slike tjenester ytes på grunnlag av prinsipper og vilkår som setter dem i stand til å oppfylle sine oppgaver”. EF-traktaten anerkjenner således at det er av sentral betydning for medlemsstatene at visse tjenester gis en egen status, og at medlemsstane har en særlig interesse i hvordan disse tjenestene utformes. En tilsvarende anerkjennelse av betydningen av tjenester av ”almen økonomisk betydning” er ikke inntatt i EØS-avtalen. Dette er naturlig da artikkel 16 kom inn i EF-traktaten ved undertegningen av Amsterdam-traktaten i 1997 (ikrafttredelse 1999).

⁵³ Jf. Førsteinstansrettens uttalelse i sak T-106/95, *FFSA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229: ”Det fremgaar af traktatens artikel 90, at artikel 92 omfatter samtlige private og offentlige virksomheder og samtlige produktioner i disse virksomheder, alene med forbehold af artikel 90, stk. 2” (premiss 165). Se også EF-domstolens avgjørelse i sak 78/76, *Steinike & Weinlig*, Sml. 1977 s. 595, premiss 18.

Dersom artikkel 16 har en materiell betydning vil den kunne ha stor betydning for anvendelsen av EF-traktatens regler på offentlig tjeneste. Dersom et tilsvarende prinsipp som det artikkel 16 gir uttrykk for må innfortolkes i EØS-avtalen vil bestemmelsen også ha betydning for denne avtalens anvendelse på offentlig tjeneste.

Artikkel 16 tar uttrykkelig forbehold for reguleringen i EF-traktatens artikkel 73, 86 eller 87. Reservasjonen i forhold til EF-traktatens artikkel 86, jf. EØS-avtalens artikkel 59, tyder på at artikkel 16 ikke skal gi noen videre unntaksadgang for offentlige tjenester enn det som følger av artikkel 86(2). Reservasjonen i forhold til artikkel 87, jf. EØS-avtalens artikkel 61, tyder på at artikkel 16 ikke er ment å gi større adgang til å yte statstøtte til offentlig tjeneste enn det statsstøttebestemmelsene åpner for. I teorien tillegges artikkel 16 betydning som en programbestemmelse som ikke endrer den rettslige regulering av offentlige tjenester i EF-traktatens øvrige bestemmelser.⁵⁴ Bestemmelsen vil da heller ikke ha noen betydning i forhold til EØS-avtalens anvendelse på offentlig tjeneste. Forpliktelse til å utføre offentlig tjeneste, hva enten den har sitt grunnlag i kontraktsrettslige forpliktelser eller offentligrettslige påbud, er etter dette å behandle på samme måte som produksjon av vanlige tjenester i forhold til EØS-avtalens regler. Dersom tjenesten er å betrakte som en tjeneste av ”almen økonomisk betydning” vil artikkel 59(2) kunne gi en hjemmel for unntak som går noe videre enn de unntaksregler som er knyttet til den enkelte bestemmelse i EØS-avtalen.

9. Anvendelsen av artikkel 61(1) på kompensasjon for forpliktelser til offentlig tjeneste - utviklingen i rettspraksis

Selv om medlemsstatene i lang tid og i betydelig omfang må antas å ha pålagt foretak å utføre oppgaver i samfunnets interesse, og kompensert foretakene for de kostnader som er forbundet med dette, er det først i de senere år at det har blitt reist spørsmål ved forenligheten av den kompensasjon som gis i slike tilfelle med forbudet mot statsstøtte. EF-domstolens og Førsteinstansrettens praksis har ikke fulgt en klar linje i dette spørsmålet. Dette har ført til en diskusjon blandt EF-domstolens generaladvokater, og ulike generaladvokater har foreslått ulike tolkninger av EF artikkel 87(1). Uenigheten om anvendelsen av forbudet mot statsstøtte fikk sin løsning i sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747. For å forstå de spørsmål kompensasjon for offentlig tjeneste reiser i forhold til EØS artikkel 61 og 59(2) er det allikevel nødvendig å kjenne til praksis frem til denne avgjørelsen. I dette avsnittet vil vi redegjøre for utviklingen i EF-

⁵⁴ Jf. Heidenhain: *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts* s. 591, med utførlige litteraturhenvisninger i fotnote 21.

domstolens og Førsteinstansrettens praksis frem til sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747 og denne avgjørelsens betydning for dette arbeidets videre analyse.

EF-domstolen tok første gang stilling til spørsmålet om anvendelsen av EF artikkel 87(1), jf. EØS artikkel 61(1), på kompensasjon for forpliktelser til offentlig tjeneste i sak 240/83 *ADBHU*, Sml. 1985 s. 531. Saken gjaldt en kompensasjonsordning der staten kompenserte foretak som stod for innsamling og behandling av spillolje. Generaladvokat Lenz la i sitt forslag til avgjørelse til grunn at kompensasjon gitt av det offentlige for å ivareta de aktuelle oppgavene ikke representerte noen økonomisk fordel som innebar støtte i EF artikkel 87(1)s forstand, jf. EØS artikkel 61(1), dersom kompensasjonen ikke ”exceed annual uncovered costs actually recorded by the undertaking, taking into account a reasonable profit”.⁵⁵ Lenz foreslo derfor at EF-domstolen i sin avgjørelse skulle gi uttrykk for at kompensasjoner som utelukkende representerte et ”quid pro quo for obligations imposed on certain undertakings in the public interest” ikke var støtte som ble rammet av EF artikkel 87(1), jf. EØS-artikkel 61(1). EF-domstolen fulgte Generaladvokatens forslag i sitt svar til den nasjonale domstolen:

”In that respect the Commission and the Council, in their observations, rightly argue that the indemnities do not constitute aid within the meaning of Articles [87] et seq. of the Treaty, but rather consideration for the services performed by the collection or disposal undertakings”.⁵⁶

Selv om EF-domstolen i sak 240/83, *ADBHU*, Sml. 1985 s. 531 sluttet seg til det syn at en kompensasjon for utførelsen av en pålagt tjenesteytelse ikke representerer statsstøtte, ble dette synet ikke fulgt opp i etterfølgende rettspraksis. Førsteinstansretten la i to saker, sak T-106/95, *FFSA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229 og sak T-46/97, *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s II-2125, til grunn et avvikende syn på hvordan kompensasjon for offentlig tjeneste skal bedømmes i forhold til statsstøttereglene. I begge sakene hadde Kommisjonen lagt til grunn EF-domstolens oppfatning i sak 240/83, *ADBHU*, Sml. 1985 s. 531, og konkludert med at kompensasjonen i de to sakene skulle dekke de omkostninger de aktuelle foretak hadde hatt i forbindelse med at de hadde utført offentlig tjeneste pålagt dem. Førsteinstansretten fant at kompensasjon for de kostnader som var forbundet med offentlig tjenesteytelse var å anse som statsstøtte som ikke var forenlig med forbudet i

⁵⁵ S. 536.

⁵⁶ Premiss 18.

EF artikkel 87(1). Det at kompensasjonen kun skulle kompensere foretakene for oppgaver som var pålagt dem var etter Førsteinstansrettens syn ikke avgjørende for vurderingen av om kompensasjonen innebar støtte som omfattes av EF artikkel 87(1), jf. EØS artikkel 61(1). Retten var av den oppfatning at den omstendighet at de beløp foretakene mottok fra det offentlige skulle kompensere for de merutgifter foretakene hadde i forbindelse med utførelsen av offentlig tjeneste de var pålagt ikke kunne innebære at kompensasjonen falt utenfor støttebegrepet i EF artikkel 87(1). Førsteinstansretten la avgjørende vekt på at EF-domstolen gjentagne ganger har slått fast at støttebegrepet er et objektivt begrep og formålet med en støtteordning uten betydning. Det var derfor tilstrekkelig etter Førsteinstansrettens oppfatning at kompensasjonen ga foretaket en økonomisk fordel til at kompensasjonen måtte anses som ”støtte” i EF artikkel 87(1)s forstand, jf. EØS artikkel 61(1). For at kompensasjon for offentlig tjeneste skal kunne rettferdiggjøres i forhold til EF-traktaten og EØS-avtalen, måtte dette etter Førsteinstansrettens oppfatning begrunnes i EF artikkel 86(2).

Førsteinstansrettens avgjørelse i sak T-106/95, *FFSA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229 ble bragt inn for EF-domstolen, som i sak C-174/94 P, *FFSA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. I-1303 stadfestet Førsteinstansrettens avgjørelse. EF-domstolen gjorde dette uten å gå nærmere inn på spørsmålet om kompensasjonen ga foretaket en fordel som utgjorde statsstøtte. Neste gang EF-domstolen vurderte kompensasjon for offentlige tjenester i forhold til statsstøttereglene var i sak C-332/98, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-4833. Spørsmålet i saken var om implementeringsforbudet i artikkel 86(3), jf. EØS artikkel 59(3), gjaldt for kompensasjon for offentlig tjeneste som oppfylte vilkårene i EF artikkel 86(2). Saksøker hevdet at selv om kompensasjon for offentlig tjeneste skulle være å anse som statsstøtte i strid med EF artikkel 87(1), jf. EØS artikkel 61(1), skilte denne type seg fra annen type støtte på en slik måte at implementering ikke kunne være avhengig av Kommisjonens samtykke etter EF artikkel 86(3). Dette avviste EF-domstolen. Selv om EF-domstolen heller ikke i denne saken drøftet om kompensasjon for offentlig tjeneste gir foretakene en fordel som omfattes av støttebegrepet i EF artikkel 87(1), jf. EØS artikkel 61(1), ble avgjørelsene ansett å innebære en implisitt tilslutning til Førsteinstansrettens vurderinger i sak T-106/95, *FFSA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229 og sak T-46/97, *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2125.⁵⁷

⁵⁷ Jf. Sinnavee: *State financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmare Case* s. 353. Som en konsekvens av Førsteinstansrettens og EF-domstolens avgjørelser endret Kommisjonen sin vurdering av kompensasjon for offentlige tjenester i tråd med Førsteinstansrettens vurderinger.

Konkurransesutsetting av riksvegfergedriften

Da EF-domstolen fikk seg forelagt spørsmålet om kompensasjon for offentlig ytelse var å betrakte som statsstøtte i sak C-53/00, *Ferring*, Sml. 2001 s. I-9067, var det forventet at domstolen ville følge opp sin implisitte tilslutning til Førsteinstansrettens vurderinger. Det skjedde ikke. I stedet gikk EF-domstolen tilbake til den tolkning den la til grunn i sak 240/83, *ADBHU*, Sml. 1985 s. 531.

Saken gjaldt en avgift som legemiddellaboratoriene i Frankrike er pålagt ved direkte salg til apoteker. Legemiddelgrossistene er ikke pålagt en tilsvarende avgift, og spørsmålet var om avgiftsfritaket representerte statsstøtte. Årsaken til at legemiddelgrossistene ikke er pålagt avgiften er at disse har en lovpålagt plikt til å til enhver tid føre et bredt sortiment av legemidler for å tilfredsstille etterspørselen etter legemidler. Legemiddellaboratoriene er ikke pålagt en tilsvarende plikt. Legemiddelgrossistene har kostnader forbundet med ordningen, og avgiften pålagt legemiddellaboratoriene skal utjevne den konkurranseulempe ordningen medfører for legemiddelgrossistene.

EF-domstolen slo fast at avgiftsfritak representerer en økonomisk fordel som kan være statsstøtte som omfattes av EF artikkel 87(1). Dette gjelder allikevel ikke dersom fordelene oppveier virkningene av de merutgifter et foretak har som følge av å utføre en offentlig tjeneste. Fordelen er da å betrakte som et vederlag for de ytelsene det offentlige mottar. EF-domstolen presiserte at når det er balanse mellom ytelse og motytelse representerer det offentlige ytelse ingen fordel i EF artikkel 87(1)s forstand.⁵⁸ EF-domstolen anførte sin avgjørelse i sak 240/83 *ADBHU*, Sml. 1985 s. 531 som støtte for resultatet, men nevnte ikke Førsteinstansrettens avgjørelser i sak T-106/95 *FFSA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229 og sak T-46/97 *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2125, eller sine egne avgjørelser i C-174/94 P *FFSA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. I-1303 og sak C-332/98 *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-4833.

EF-domstolens avgjørelse i sak C-53/00 *Ferring*, Sml. 2001 s. I-9067 førte til en disputt mellom domstolens Generaladvokater om anvendelsen av artikkel 87(1) på kompensasjon for offentlige tjenester. I sitt forslag til avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747, av 19. mars 2002 argumenterte generaladvokat Léger for at Førsteinstansrettens tolkning av EF artikkel 87(1) i sak T-106/95 *FFSA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229 og sak T-46/97 *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2125 måtte legges til grunn. Légers forslag til avgjørelse innebar at EF-domstolen eventuelt måtte fravike sin avgjørelse i sak C-53/00 *Ferring*, Sml. 2001 s. I-9067. En måned senere, 30. april 2002, tok generaladvokat Jacobs i sitt forslag til avgjørelse i sak

⁵⁸ Premiss 27.

C-126/01 *GEMO* til orde for en mellomløsning.⁵⁹ Jacobs delte saker om offentlig tjeneste i to kategorier, Den første kategorien gjaldt saker der den aktuelle kompensasjon klart skulle gå til å finansiere merkostnader et offentlig pålegg om å utføre en tjeneste medfører. I slike saker skulle analysemetoden lagt til grunn i sak C-53/00 *Ferring*, Sml. 2001 s. I-9067 benyttes. Den andre kategorien gjaldt saker der det ikke er en klar og direkte sammenheng mellom kompensasjonen og de merutgifter utførelse av offentlige tjenester medfører. Jacobs forslag til fremgangsmåte fikk tilslutning av Generaladvokat Stix-Hackl i hennes forslag til avgjørelse i sakene C-34-38/01 *Enirisorse*.⁶⁰ Uenigheten mellom generaladvokatene førte til at Léger den 14. januar 2003 kom med et nytt forslag til avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747. I forslaget til avgjørelse fastholdt Léger sitt tidligere syn.

EF-domstolen fulgte i sin avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747 ikke noen av generaladvokatenes syn, men stadfestet sin egen avgjørelse i sak C-53/00 *Ferring*, Sml. 2001 s. I-9067. EF-domstolen stadfestet således at en ren kompensasjon fra det offentlige for de merutgifter utførelsen av en offentlig tjeneste påfører et foretak ikke gir foretaket en økonomisk fordel som kvalifiserer som statsstøtte i forhold EF artikkel 87(1). EF-domstolen utdyper i sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747 når kompensasjon for merutgifter til offentlig tjeneste ikke er å betrakte som statsstøtte ved å oppstille fire vilkår som ekskluderer statsstøtte dersom de er oppfylt. Ved å oppstille vilkår for når en kompensasjon ikke er statsstøtte, fremfor å oppstille vilkår for når det foreligger statsstøtte, har EF-domstolen gitt en anvisning på en fremgangsmåte som vil klarere kompensasjon for offentlig tjeneste fra statsstøtteforbudet dersom den følges. Der det offentlige ønsker å legge utførelsen av offentlige tjenester til private foretak vil i praksis vilkårene i sak C-280/00, *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747 måtte være oppfylt for at en kompensasjon skal kunne utbetales uten at den reiser spørsmål i forhold til støttebegrepet i EØS artikkel 61(1). Ved overgangen til et kombinert løyve- og anbudsregime for utkontraheringen av fergetjenester på riksveisambandet bør dette således utformes slik at det oppfyller vilkårene i EF-domstolens avgjørelse i sak 280/00, *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747. I det videre vil vi gå nærmere inne på de krav EF-domstolen oppstiller i *Altmark* i forhold til tildeling av og kompensasjon for fergetjenester på riksveisambandet.

⁵⁹ EF-domstolens avgjørelse av 20. november 2003 er ennå ikke publisert i Sml.

⁶⁰ EF-domstolens avgjørelse av 27. november 2003 er ennå ikke publisert i Sml.

10. Vilkårene i artikkel 61(1) – en oversikt

EF-domstolen opererer med fire vilkår som alle må være oppfylt for at forbudet mot statsstøtte i EF artikkel 87(1), jf. EØS artikkel 61(1), skal komme til anvendelse.⁶¹

For det første må støtten representere en fordel for mottageren. Enhver ytelse som representerer en økonomisk fordel for mottageren vil omfattes av støttebegrepet i artikkel 61(1). Ytelsen kan være direkte, for eksempel i form av pengestøtte, eller indirekte, for eksempel ved at et foretaks byrder reduseres gjennom skattelettelse.⁶² Det er allikevel et absolutt krav at ytelsen representerer en økonomisk verdi for mottageren.⁶³ I forhold til kompensasjon for offentlige tjenester, vil den eventuelle støtten utgjøres av den betaling det offentlige erlegger som kompensasjon for den tjeneste som ytes. Kompensasjonen vil allikevel først være å betrakte som støtte dersom den ikke motsvares av en likeverdig ytelse fra betalingsmottageren. Sentralt for vurderingen av om den kompensasjon som gis av det offentlige for fergetjenester på riksveisambandet representerer ”støtte” i artikkel 61(1)s forstand, blir derfor om det foreligger en markedsmessig gjensidighet mellom det offentliges ytelse og motytelsen. I avsnitt 11 vil vi med utgangspunkt i de kriterier EF-domstolen oppstiller i sak C-280/00 *Altmark* undersøke når kompensasjon for tjenester utført for staten vil innebære statsstøtte.

For det andre må det foreligge statstøtte eller støtte som ytes ved hjelp av statsmidler. Den kompensasjon som tjenesteyterne mottar som betaling for å yte fergetjenester som en del av riksveisambandet utbetales av Vegdirektoratet. Dersom kompensasjon for fergetjenester på riksveisambandet er å betrakte som støtte, er det således ikke tvil om at støtten er å betrakte som *statsstøtte*. Dette vilkåret vil derfor ikke bli gjort til gjenstand for ytterligere drøftelse.

De to øvrige vilkår fokuserer på virkningene av et støttetiltak på henholdsvis samhandelen og konkurransen. Det tredje vilkåret er at støtten må kunne påvirke handelen mellom avtalepartene. Samhandelskravet er å anse som et jurisdiksjonskriterium. Dersom et tiltak ikke er egnet til å påvirke samhandelen innenfor EØS omfattes ikke tiltaket av EØS-avtalen. For det fjerde må støtten vri eller true med å vri konkurransen mellom avtalepartene. Statsstøttereglene skal forhindre at foretak innenfor et land i EØS gis fordeler i konkurransen gjennom støtteforanstaltninger. For å rammes av forbudet i artikkel 61(1) må et tiltak derfor kunne vri konkurransen på det

⁶¹ Se senest i sak C-280/00, *Altmark* særlig premiss 75. I vår redegjørelse for artikkel 61(1) er vilkårene gitt en noe annen rekkefølge enn av EF-domstolen.

⁶² Jf. Sejersted: EØS-rett s. 582-583.

⁶³ Se i denne sammenheng sak C-353/95 *Tierce Ladbroke*, Sml. 1997 s. I-7007, premissene 25-39.

marked støttemottager opererer. Om en støtte til utførelsen av fergetjenester på riksveisambandet vil kunne ha virkninger på konkurransen og samhandelen i strid med artikkel 61(1) vil bli drøftet i avsnitt 12.

11. Vil kompensasjon for å utføre fergetjenester på riksveisambandet kunne representere statsstøtte?

11.1 Innledning

Stortinget bevilger hvert år de midler som anses nødvendige for at trafikkantene på riksveisambandet skal få en transporttjeneste av den kvalitet som er politisk fastsatt. Inngår Statens vegvesen en kontrakt med et fergeselskap om fergedrift på en eller flere ruter og betaler fergeselskapet en kompensasjon for dette, er det åpenbart at kompensasjonen vil komme fra statsmidler. Det første vilkåret i artikkel 61 er således helt klart oppfylt. Spørsmålet blir om kompensasjonen innebærer en ”støtte” for mottageren i artikkel 61(1)s forstand. Det er tilfellet dersom kompensasjonen innebærer fordel for mottageren i form av en økonomisk ytelse som ikke motsvares av en på bakgrunn av markedsforholdene likeverdig motytelse fra mottagerens side.

Når det offentlige agerer som innkjøper av varer eller tjenester vil det skje en pengeoverføring fra staten til private aktører. En pengeoverføring fra det offentlige forbundet med kjøp av tjenester eller varer vil normalt ikke representere noen form for støtte, men en markedsmessig motytelse for den tjeneste eller den vare som kjøpes. I forhold til innkjøpet av fergetjenester er det ikke staten som står som mottager av tjenestene, men den enkelte bilist som benytter seg av tilbudet på den enkelte fergestrekning. At det ikke er staten som er mottager av ytelsen innebærer ikke at forholdet må vurderes slik at det ikke foreligger noen ytelse i forhold til artikkel 61. Avtalen med fergeselskapene kan sies å representere en form for tredjemannsavtale inngått til fordel for de som ønsker å trafikkere den aktuelle riksveistrekning, og det vil være verdien av den tjeneste som tilbys trafikkantene som må danne utgangspunktet for vurderingen av om kompensasjonen motsvares av en markedsmessig motytelse.

I sin avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark* oppstiller EF-domstolen fire vilkår som må være oppfylt for at kompensasjon for å yte tjenester for det offentlige ikke skal utgjøre statsstøtte. Ved å gi relativt detaljerte retningslinjer for når en kompensasjon for en offentlig tjenesteytelse ikke er statsstøtte, og ikke nøye seg med å angi om den aktuelle kompensasjonsordning inneholdt støttelementer, ga EF-domstolen i realiteten en anvisning for hvordan det offentlige skal forholde seg for å gå klar av

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

statsstøtteforbudet ved kompensasjon for offentlig tjenesteyting. Dette understrekes av at EF-domstolen i avgjørelsen ikke utelukkende stilte vilkår til selve kompensasjonen, men også til hvordan tjenesteytelsen blir tildelt det aktuelle foretak.

EF-domstolen oppstilte følgende vilkår for at kompensasjon for offentlig tjenesteyting skal falle utenfor statsstøttebegrepet:⁶⁴

- ”For det første er den begunstigede virksomhet faktisk blevet pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser er blevet klart defineret.
- For det andet er de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, blevet fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde.
- For det tredje overstiger kompensationen ikke, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.
- For det fjerde skal størrelsen af den nødvendige kompensation, når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at gennemføre forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.”

I det videre vil vi gi en analyse av disse vilkårene.

11.2 Tjenesteytelsen må være pålagt

11.2.1 *Innledning*

Det første vilkåret i sak C-280/00 *Altmark* kan deles i tre elementer. For det første må det foreligge en forpliktelse til ”offentlig tjeneste”. For det andre må denne forpliktelsen være pålagt det aktuelle foretaket. For det tredje må forpliktelsene være klart definert i pålegget.

⁶⁴ Premiss 95.

11.2.2 Er fergetrafikk på riksveisambandet en "offentlig tjeneste"?

"Offentlig tjeneste" er ikke et begrep som brukes i noen av bestemmelsene i EØS-avtalen eller EF-traktaten. Derimot brukes begrepet i forordninger som regulerer utveksling av tjenesteytelse på transportområdet. En kontrakt om offentlig tjeneste er etter cabotageforordningens artikkel 2(3) en kontrakt mellom det offentlige og en tjenesteyter "som skal sikre offentligheten tilstrækkelige transportydelser". Forpliktelser til offentlig tjeneste foreligger etter Rfo. 1191/69 artikkel 2(1), cabotageforordningens artikkel 2(4) og Rfo. 2408/92 artikkel 2(2)(o) når en tjenesteyter har en forpliktelse til å utføre tjenester han ikke ville utført hvis tjenesteyteren utelukkende tok hensyn til sin egen kommersielle interesse.⁶⁵ I sak C-280/00 *Altmark* la EF-domstolen til grunn at ordningen som ble vurdert gjaldt tillatelser som påla "offentlig tjeneste" som var omfattet av Rfo. 1191/69. EF-domstolen hadde da ikke grunn til å gå nærmere inn på hva som skal til for at en tjeneste skal kunne karakteriseres som en "offentlig tjeneste".⁶⁶

Transport mellom havner i Norge, kabotasjeseilas, faller innenfor anvendelsesområdet til kabotasjeordningen, jf. artikkel. 1. Om en transport mellom havner i Norge er å betrakte som en "offentlig" tjeneste må vurderes på bakgrunn av offentlighetens interesse i at tjenesten ytes, jf. artikkel 2(3) og (4). Artikkel 2(3) gir en ikke uttømmende eksempelliste over forhold som kan gjøre transport mellom havner i en medlemsstat til en offentlig tjeneste. Det offentliges interesse i å regulere en transportytelses kapasitet, regelmessighet, kontinuitet og kvalitet er forhold som kan gjøre tjenesten til en offentlig tjeneste. Det samme gjelder en regulering av prisene på den aktuelle strekning eller en regulering av de øvrige transportvilkår. Videre kan en tilpasning av ytelsen til det offentliges særlige behov eller en utvidelse til supplerende transportytelser innebære at en ytelse må betraktes som en "offentlig tjeneste".

De sett av forpliktelser som kommer til uttrykk i løyvene til riksveifergedrift og de kontrakter som inngås for drift av fergestrekninger, skal fremme en rekke av de hensyn som er omfattet av artikkel 2(3). Gjennom løyvene og kontraktene skal det sikres at fergestrekningene på riksveisambandet trafikkeres med tilstrekkelig kapasitet sett på

⁶⁵ Rfo. 1191/69 om "medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje" og Rfo. 2408/92 "om EF-luftfartsselskabers adgang til lufruter inden for Fællesskabet".

⁶⁶ Kommisjonen forklarer begrepet "offentlig tjeneste" som en betegnelse på tjenester "for hvilke der er indført felles rammebestemmelser med henblik på opprettelsen af et europeisk indre marked", jf. meddelelse fra Kommisjonen om "Forsyningspligttydelser i Europa", EFT 2001 C 17 s. 4, fotnote 4. Definisjonen gir ikke veiledning m.h.t. hvilke særtrekk ved en tjeneste som gjør den til en "offentlig tjeneste". Veiledning om dette må søkes i sekundærlovgevingen.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

bakgrunn av trafikkgrunnlaget, at fergetjenester tilbys med en tilfredsstillende regularitet og at den har en tilfredsstillende kvalitet både kvalitetsmessig og sikkerhetsmessig. Videre fastsettes prisen på fergetjenester på riksveisambandet på årlig basis av Stortinget, og det stilles krav av det offentlige til de øvrige vilkår i kontrakten mellom fergerederiene og kundene. Der det offentlige har særlige behov i forhold til trafikkeringen av en eller flere fergestrekninger vil dette bli ivaretatt. Fergetrafikken på riksveisambandet vil således være å betrakte som en ”offentlig tjeneste” i av kabotasjeforordningens forstand.

Et spørsmål som kan reises er om en ”offentlig tjeneste” samtidig vil være en ”tjeneste av almen økonomisk betydning” etter artikkel 59(2). I så fall vil en stillingtagen til EF-domstolens avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark* innebære at man samtidig tar stilling til om den aktuelle tjeneste er av en slik art at den vil kunne tilfredsstillende vilkårene i artikkel 59(2), som åpner for at et tiltak kan gjennomføres selv om det strider mot konkurransereglene, derunder statsstøtteregele, dersom det er nødvendig for å utføre ”tjenester av almen økonomisk betydning”. Da EF-domstolen i avgjørelsen skisserte vilkårene for når kompensasjon for offentlig tjeneste *ikke* er statsstøtte, hadde EF-domstolen ingen foranledning til å drøfte forholdet til EF artikkel 86(2), jf. EØS artikkel 59(2). All den tid EF-domstolen ikke nevner EF artikkel 86(2), jf. EØS artikkel 59(2), i drøftelsen av om kompensasjon for offentlig tjeneste kan innebære støtte, kan sak C-280/00 *Altmark* ikke tas til inntekt for at man med ”offentlig tjeneste” må forstå ”tjenester av almen økonomisk betydning”. Det avgjørende vil etter sak C-280/00 *Altmark* være om tjenesten er å betrakte som en ”offentlig tjeneste” i tråd med sekundærlovgivningen på transportområdet, som var det område avgjørelsen gjaldt.

Dette reiser spørsmålet om *Altmark*-testen kun kommer til anvendelse i tilfelle som gjelder tjenesteytelser som er regulert ved sekundærlovgivning, slik saksforholdet var i dommen. EF-domstolens kriterier for når en kompensasjon for en offentlig tjeneste har allikevel betydning også for andre tjenester enn de som kan klassifiseres som ”offentlige tjenester” etter sekundærlovgivningen. Kriteriene for når det foreligger statsstøtte tar utgangspunkt i prinsippet om ytelse mot ytelse, et prinsipp EF-domstolen tidligere har gitt generell anvendelse i forhold til forbudet mot statsstøtte i artikkel 61(1). Utviklingen av kriteriene i sak C-280/00 *Altmark* kan ses som en spesifisering av hvordan dette prinsippet skal anvendes ved det offentliges kjøp av tjenester. Dersom kriteriene er oppfylt vil det være samsvar mellom det offentliges ytelse og tjenesteyters ytelse. Transaksjonen vil da ikke inneholde noe støtteelement, i motsetning til tilfelle der det foreligger en overkompensasjon. Kriteriene vil derfor kunne anvendes også i

forhold til andre tjenester, der det offentlige benytter seg av markedet for å få utført tjenester som samfunnet har en særlig interesse i. Altmark-kriteriene vil derfor kunne legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger støtte i forbindelse med kompensasjon for ”tjenester av almen økonomisk betydning”, jf. artikkel 59(2).

Da fergetjenester på riksveisambandet er å betrakte som ”offentlige tjenester” i den betydning begrepet brukes i sak C-280/00, *Altmark* er det i vurderingen i forhold til artikkel 61(1) ikke nødvendig å ta stilling til om fergetjenestene vil være å betrakte som tjenester av ”almen økonomisk betydning”, jf. artikkel 59(2). Det vil derimot være av betydning i forhold til vurderingen av om kompensasjon som ikke oppfyller vilkårene oppstilt av EF-domstolen i sak C-280/00 *Altmark* allikevel vil kunne være i overensstemmelse med EØS-avtalen etter artikkel 59(2). Dette vil bli drøftet i avsnitt 15.

11.2.3 Tilfredsstillende løyve- og kontraktssystemet EF-domstolens krav til rettsgrunnlag for pålegg om offentlig tjeneste?

For at en kompensasjon for offentlig tjeneste skal kunne gå klar av forbudet mot statsstøtte, oppstiller EF-domstolen i sak C-280/00 *Altmark* som vilkår at den offentlige tjenesten må være lagt til det aktuelle foretaket gjennom et klart pålegg. Det må foreligge et pålegg som overfører plikten å yte den aktuelle tjeneste til det aktuelle foretak, og som klart definerer hvilket innhold plikten har for at en kompensasjon for de offentlige tjenestene skal unngå å bli betraktet som statsstøtte. Kravet er begrunnet i behovet for å kunne etterprøve om den aktuelle tjeneste ytes for å ivareta særlige samfunnsbehov, eller om tjenesten er av rent kommersiell karakter. At påleggets innhold fremtrer klart er videre en forutsetning for å foreta den proporsjonalitetsvurdering som kommer til uttrykk i det tredje Altmark-vilkåret. Kravet må ses i sammenheng med kravet i artikkel 59(2) om at en tjeneste av almen økonomisk betydning må være ”tillagt” et foretak. EF-domstolens tolkning av ”tillagt” i artikkel 59(2) vil kunne gi veiledning om innholdet i det krav som oppstilles i sak C-280/00 *Altmark*.

Når et fergeselskap tildeles en kontrakt om å utføre fergetjenester på en riksveistrekning, vil staten inngå kontrakten med selskapet. Det forutsettes at de kontrakter som vil bli inngått detaljert regulerer hva som er en kontraktmessig ytelse og grunnlaget for beregningen av kompensasjonen for denne. I forbindelse med kontraktstildelingen vil selskapet bli gitt løyve av Vegdirektoratet til å drive fergedrift på den aktuelle strekning, forutsatt at vilkårene for løyve etter yrkestransportlovens §

25, jf. forskrift nr. 401 om yrkestransport innenlands med motorvogn eller fartøy § 4 til § 8 er oppfylt. Yrkestransportforskriften pålegger i kapittel II løyvehaver en rekke plikter i forhold til rutetransporten, og åpner for at løyvemyndighetene kan komme med ytterligere pålegg med krav til transportens utførelse. I forbindelse med løyvet vil således løyvehaver måtte rette seg etter en rekke pålegg, og de vilkår driften skjer på vil være underlagt offentlig regulering og kontroll. Den tillatelse løyvet gir vil da innebære pålegg som, sammen med de kontraktsmessige bindingene, tilfredsstiller EF-domstolens krav om at det må foreligge et pålegg.

11.2.4 Ytelsen må være "klart definert"

Kravet til klarhet innebærer at løyvet og kontrakten samlet må gi en klar beskrivelse av den offentlige tjenesten og de plikter som pålegges det aktuelle foretaket i denne forbindelse. Løyvet og kontrakten beskriver en rekke minstekrav ved de tjenester som det aktuelle foretaket skal yte. Et sentralt krav ved løyve- og kontraktstildelingen er kravet til at ruten trafikkeres med ønsket frekvens. Videre vil også vilkårene for fergedriften være regulert, eller spesifisert i løyve og kontrakt. Det følger således av yrkestransportloven § 33 at de transportvilkår løyvehaver benytter seg av må godkjennes av Samferdselsdepartementet. Når det gjelder takstene fastsettes disse av Samferdselsdepartementet, eller den departementet delegerer takstfastsettelsen til, jf. forskriftens § 29. Løyvehaver er forpliktet til å følge det gjeldende takstregulativ i sin virksomhet. I EF-domstolens avgjørelser i sak 320/91 *Corbeu*, Sml. 1993 s. I-2533 og sak C-393/92 *Almelo*, Sml. 1994 s. I-1477 fant domstolen at pålegg som beskrev ytelsens kvalitet og som foreskrev hvilken pris foretakene skulle operere med definerte tjenestene tilstrekkelig klart til at de var omfattet av EF artikkel 86(2), jf. EØS artikkel 59(2). Reguleringen av vilkårene for løyve og den kontraktsrettslige regulering vil gi uttrykk for pålegg som tilfredsstiller klarhetskravet i sak C-280/00 *Altmark*.

11.3 Krav til kriteriene for beregningen av kompensasjonen

EF-domstolen krever i sak C-280/00 *Altmark* at kompensasjonen for utførelsen av en offentlig tjeneste må beregnes på bakgrunn av objektive og gjennomsiktlige kriterier. Videre må kriteriene være fastlagt på forhånd. Kravet til at kriteriene må være gjennomsiktlige og fastlagt på forhånd skal sikre at det i ettertid er mulig å etterprøve om kompensasjonen som er gitt er en reell motytelse for erleggelsen av den offentlige tjeneste. For at dette skal være mulig må kriteriene være etterprøvbare, og det må være

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

mulig å se om kriteriene har blitt fulgt ved beregningen av kompensasjonen i den kontrakt som blir tildelt. Det andre Altmark-vilkåret går ikke nærmere inn på innholdet i kriteriene for beregningen. Da det andre vilkåret skal muliggjøre den vurdering som skal foretas etter det fjerde Altmark-vilkåret, må kriteriene være utformet slik at vurderingen etter det fjerde vilkåret lar seg gjennomføre. Uten at denne forutsetningen er oppfylt vil kompensasjonen ikke kunne klareres i forhold til forbudet i artikkel 61(1).

Kravet til at kriteriene for beregningen av kompensasjonen må være objektive innebærer at det ikke kan gis kompensasjon for forhold som ikke er direkte relatert til selve erleggelsen av den aktuelle tjenesteytelse. Et klart eksempel på kompensasjon for forhold som ikke er relatert til erleggelsen av den offentlige tjenesten, er der et fergeselskap som er tildelt kontrakten for drift av en fergestrekning kommer i økonomiske vanskeligheter p.g.a. sin øvrige virksomhet. Dersom kompensasjonen for driften av fergestrekningen økes for å berge selskapet fra konkurs og nedleggelse, vil dette representere statsstøtte i strid med artikkel 61(1). Videre nevner EF-domstolen som eksempel at dersom et foretak som følge av utførelsen av en offentlig tjeneste påføres et tap som gjør at det risikerer å gå konkurs, vil det offentlige ikke kunne kompensere foretaket dette tapet uten å komme i konflikt med forbudet mot statsstøtte i artikkel 61(1), med mindre det på forhånd var fastlagt kriterier for hvordan usikkerhet m.h.t. fremtidig kostnadsdekning skulle foregå. Konsekvensen av at det i ettertid gis kompensasjon for forhold som ikke var definert som kompensasjonsberettiget på kontraktstidspunktet, vil være at kompensasjonen vil bli ansett å representere statsstøtte i strid med artikkel 61(1).

Et eksempel som kan illustrere kravet til at kriteriene for kompensasjonen må være objektive, er en situasjon der det stilles nye krav for å trafikkere en fergestrekning, krav som ingen av de aktuelle tilbyderne kan tilfredstille med de ferger de har. Den som får tildelt kontrakten må m.a.o. bygge en ny ferge for å kunne trafikkere strekningen. Dersom det i kontrakten ikke tas høyde for at byggingen av fergen kan bli dyrere enn beregnet, vil det i ettertid ikke kunne gis ekstra kompensasjon til fergeselskapet dersom utgiftene ved byggingen blir så høye at fergedriften blir ulønnsom og fergeselskapet kommer i økonomiske vanskeligheter. Det vil m.a.o. være tjenesteyteren som tar risikoen for at det fastsatte inntektsgrunnlaget kan dekke fremtidige kostnader.

Kravet som EF-domstolen stiller til klarhet og gjennomsiktighet må ses i sammenheng med den plikt avtalepartene har etter det såkalte transparensdirektivet,

som er en del av EØS-avtalen.⁶⁷ Direktivet skal sikre økt gjennomsiktighet i forhold til de økonomiske relasjonene mellom offentlige myndigheter og offentlige foretak. Transparensdirektivet kommer i utgangspunktet kun til anvendelse på økonomiske relasjoner mellom offentlige myndigheter og foretak som etter direktivets artikkel 2(1) er å anse som ”offentlige foretak”. Kommisjonen har utarbeidet et forslag til endring i direktivet som gir direktivet anvendelse på ”virksomhed, der skal føre særskilte regnskaber”. En slik plikt vil etter direktivforslaget pålegges alle virksomheter som skal utføre tjenester av ”almen økonomisk betydning” etter EØS-avtalens artikkel 59(2), slik at transparensdirektivet gis anvendelse også i forhold til foretak som ikke er å anse som offentlige foretak. Plikten vil ikke omfatte offentlige tjenester som ikke omfattes av artikkel 59(2), men som vi vil vise i avsnitt 15.2 vil ferge drift på strekninger på riksveisambandet omfattes av artikkel 59(2). Uansett gjelder EF-domstolens krav til gjennomsiktighet i sak C-280/00 *Altmark* alle virksomheter som utfører offentlige tjenester, og det må forventes at transparensdirektivet vil tillegges vekt når det skal fastsettes hvilke konkrete plikter kravet til gjennomsiktighet innebærer for foretakene.

11.4 Overkompensasjon vil innebære statsstøtte

EF-domstolens tredje vilkår i sak C-280/00 *Altmark* er at kompensasjonen ikke må overstige det som er nødvendig for helt eller delvis å dekke de kostnader som er forbundet med å oppfylle de forpliktelser et foretak er pålagt knyttet til utførelsen av en offentlig tjeneste. Vilkåret er et uttrykk for ytelse mot ytelse-prinsippet; motsvares ytelsen fra det offentlige av en på bakgrunn av markedsforholdene likeverdig ytelse fra den private aktør, vil ytelsen fra det offentlige ikke anses å inneholde noe støtteelement.⁶⁸ Anvendelsen av prinsippet innebærer at man må identifisere det eller de sett av ytelser som på grunn av sin tilknytning må vurderes i sammenheng, for deretter å foreta en verdifastsettelse av de ytelser som skal vurderes. Dersom det offentliges ytelse overstiger verdien av den private aktørens ytelse foreligger et støtteelement, hvis størrelse fikseres på bakgrunn av differansen på verdien av ytelsene. Dersom det offentliges ytelse er betaling for erleggelsen av en ytelse i et kontraktsforhold, vil det foreligge støtte dersom betalingen innebærer en overkompensasjon.

⁶⁷ ”Direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemsikueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder”, EFT 1980 L 195/35.

⁶⁸ Om det statsstøtterettslige ytelse mot ytelse-prinsipp, se Koenig/Kühling/Ritter: *EG-Beihilfenrecht* s. 40 flg. og Sejersted: *EØS-rett* s. 584-585.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

EF-domstolen betegner vilkåret som ”*ufravigelig* med henblik på at sikre, at den begunstigede virksomhet ikke opnår en fordel, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at styrke en virksomheds konkurrencemæssige stilling” (min utheving). Det innebærer at overkompensasjon alltid vil anses å være en forfordeling av en virksomhet på bekostning av andre virksomheter som innebærer statsstøtte i strid med artikkel 61(1).

EF-domstolen foreskriver at verdien av et privat foretaks ytelse skal beregnes med utgangspunkt i de kostnader foretaket har ved å produsere ytelsen. En kompensasjon som utelukkende er basert på en dekning av de kostnader som er direkte knyttet til produksjonen av den aktuelle tjeneste vil således ikke være å betrakte som statsstøtte etter artikkel 61(1). For så vidt gjelder de variable kostnadene forbundet med å drive fergetrafikk på en strekning vil disse alltid kunne innregnes i kompensasjon fullt ut.

Et fergereferi vil også kunne kreve kompensert de faste kostnadene som påløper i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt om offentlig tjeneste. Gjeldende regler for kompensasjon av fergetjenester på riksveisambandet skiller ikke mellom variable og faste kostnader. Dersom det gjelder særlige forhold ved de faste kostnadene må disse i forhold til artikkel 61(1) allikevel underlegges en egen vurdering i forhold til om de innregnes i kompensasjonsgrunnlaget på en måte som skaper en mulighet for overkompensasjon. Når det gjelder de faste kostnadene, f.eks. kostnadene forbundet med å investere i en ferge, er det bare den del av de faste kostnadene som påløper i kontraktperioden som kan henføres til oppfyllelsen av de plikter kontrakten om å yte fergetjenester omfatter. Dersom kontraktperioden er på 15 år og skipet har en levetid på 30 år er det i utgangspunktet kun kapitalutgifter, nedskrivninger m.v. innenfor de 15 år kontrakten varer som kan innregnes i kompensasjonen. Om investeringen i fergen er lønnsomme etter kontraktperioden er i utgangspunktet fergereferens risiko. Det må antageligvis allikevel være adgang til å prise inn at investeringen innebærer en risiko i kompensasjonen.

EF-domstolen anerkjenner at en virksomhet som utfører en offentlig tjeneste har krav på ”en rimelig fortjeneste” ved oppfyllelsen av sine forpliktelser. Med ”rimelig fortjeneste” må forstås den fortjeneste som er vanlig innenfor den aktuelle bransje, m.a.o. bransjens gjennomsnittlige avkastningsmargin. Det vil i en viss utstrekning være adgang til å operere med en høyere avkastning dersom særlige forhold tilsier det. Hvorfor avkastningen skal ligge over det vanlige innenfor bransjen må i så fall begrunnes i konkrete forhold knyttet til oppfyllelsen av de aktuelle forpliktelsene som pålegges foretaket.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Årsaken til at det offentlige går til innkjøp av fergetjenester som skal betjene riksveisambandet er at tjenestene ikke vil bli ytt uten at staten påtar seg det økonomiske ansvaret. Kontraheringen av fergetjenester skal m.a.o. avbøte en markedssvikt. Uten en økonomisk kompensasjon fra staten ville det ikke blitt tilbudt fergetjenester på fergestrekningene i riksveisambandet, da betalingsviljen hos bilistene som etterspør transport på en fergestrekning ikke er stor nok til å dekke kostnadene med å tilby fergetjenester på strekningen. Visse billettinntekter vil allikevel fergetrafikk på en strekning alltid gi. Tjenesteyteren har riktignok begrenset mulighet til å øke billettprisene for å øke sin inntekt. Ved fastsettelsen av billettprisene vil fergereederiet være bundet av takstregulativ godkjent av Samferdselsdepartementet, jf. yrkestransportforskriften § 29. De billettinntekter en fergestrekning gir vil uansett måtte komme til fradrag i den kompensasjon som et fergereveri gis for å trafikere en fergestrekning, noe som også følger direkte av EF-domstolens avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark*. Dersom billettinntektene er store nok til å dekke alle kostnadene forbundet med å trafikere en fergestrekning vil det i prinsippet ikke kunne ytes noe kompensasjon ut over dette uten at dette er å betrakte som statsstøtte i artikkel 61(1)s forstand.

Dersom trafikkgrunnlaget på en strekning er tilstrekkelig stort til at billettinntektene dekker kostnadene og gir fergereederiet en fortjeneste som overstiger det som er det vanlige ved drift av ferger, vil dette ikke representere statsstøtte. Dette fordi inntektene ikke stammer fra statskassen, men fra private aktører, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-379/98 *Preussen Elektra*, Sml. 2001 s. I-2094.⁶⁹

11.5 Nærmere om fastsettelsen av verdien av en offentlig tjeneste

For å avgjøre om kompensasjon for offentlig tjeneste innebærer et støtteelement må det i utgangspunktet foretas en verdifastsettelse av ytelsen og motytelsen for å fastsette om det er samsvar mellom kompensasjonen og motytelsen. Kompensasjonen, som erlegges i et pengebeløp, volder ingen problemer i denne forbindelse. Derimot vil markedsverdien av de privates motytelse kunne være vanskelig å fastsette. I forhold til fergetransporttjenester på riksveisambandet vil markedet gi begrenset veiledning m.h.t. verdien av tjenestene. Da markedet ikke alene vil frembringe den aktuelle ytelse med de spesifikasjoner det offentlige ønsker, vil markedet gi begrenset veiledning m.h.t. prisingen av ytelsen.

⁶⁹ For en redegjørelse for EF-domstolens tolkning av begrepet "statsmidler" i artikkel 61(1), se *Sejersted*: EØS-rett s. 599-602.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

EF-domstolen utvikler i sak C-280/00 *Altmark* en tosporet analysemodell for å fastsette om kompensasjon for offentlig tjeneste samsvarer med markedsverdien av den aktuelle ytelse. De to spor er alternative.

Dersom kontrakten har blitt tildelt etter en anbudsprosedyre som er i overensstemmelse med anbudsreglene, forutsetter EF-domstolen at kontraktsverdien representerer ytelsens markedsverdi. Den ansøker som har det beste tilbudet til de laveste omkostningene for samfunnet vil da bli valgt. Dersom anbudsreglene er fulgt vil dette anses å utelukke muligheten for overkompensasjon i kontraktsforholdet, og kompensasjonen vil ikke være eksponert i forhold til artikkel 61(1). Dette må gjelde også der det bare er en tjenesteyter som gir et tilbud etter en anbudsinnbydelse. Aktøren har foretatt prisingen under den forutsetning at tilbydereren møter konkurranse fra andre aktører. Tilbudet kan da sies å reflektere markedsprisen, selv om det i ettertid skulle vise seg at aktøren ikke får prøvd seg i konkurranse med andre tilbydere.

Dersom kontrakten ikke er tildelt etter en anbudsprosedyre i tråd med det EØS-rettslige regelverket for offentlige anskaffelser, skal verdien av tjenesteytelsen fastsettes på bakgrunn av ”en analyse af de omkostninger, som en gennemsnittvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne”.⁷⁰ Der markedsmekanismen ikke gir veiledning om verdien av en naturalytelse må man således foreta en analyse av de kostnader som er forbundet med å produsere den aktuelle ytelsen. I et konkurransemarked vil de reelle kostnader som påløper i forbindelse med fremskaffelsen av et gode med et påslag for ”normal” profitt gi et godt bilde av markedsprisen. Verdien kan da settes til summen av de kostnader som er påløpt i forbindelse med fremstillingen av godet. I et konkurransemarked er produksjonen effektiv. Kan det fastsettes hvilke kostnader et effektivt foretak vil ha vil dette være et hensiktsmessig sammenligningsgrunnlag for å fastsette den markedsmessige verdi av en ytelse.

Kommisjonen har i sin praksis benyttet seg av prognoser som en tredje metode for å fastsette verdien av en ytelse. Prognoser om hva markedspriser er anerkjennes dersom de er foretatt av uavhengige eksperter. I Kommisjonens XXIX Beretning om Konkurrencepolitikken 1999 ga Kommisjonen uttrykk for at den foretrekker at markedsprisen fastlegges på bakgrunn av en anbudsrunde. Om forholdet mellom en åpen budrunde og ekspertprognoser uttalte Kommisjonen følgende (med utgangspunkt i en åpen budrunde): ”Efter Kommissionens opfattelse er en sådan procedure den bedste mulighed for at sikre, at den offentlige støtte svarer til det minimum, der er nødvendig for at få gennemført projektet, og som derfor

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

afspejler markedsprisen for projektets gjennomførelse. I tilfælde, hvor der ikke er noget udbud, kan Kommissionen i exceptionelle tilfælde fastslå, at den offentlige sektors finansiering repræsenterer markedsprisen, hvis statsstøtten er blevet vurderet af en uafhængig ekspert på grundlag af generelt accepterede markedsindikatorer og værdifastsettelsesnormer og, hvis det er fastslået, at støtten repræsenterer den mindstepris, der skal betales for en tjenesteydelse eller et gode”.⁷¹ Etter EF-domstolens avgjørelse i sak C-280/00, *Altmark* vil prognoser ikke kunne brukes som verdsettelsesmetode i forhold til offentlige tjenester.

Det aktuelle foretaks kostnader forbundet med å produsere den aktuelle ytelse vil ikke være avgjørende for verdsettelsesvurderingen. De faktiske kostnadene et foretak har må sammenlignes med de kostnader som et gjennomsnittlig effektivt og veldrevet foretak ville ha hatt. Etter EF-domstolens avgjørelse skal det således foretas en overprøving av et foretaks kostnadsstruktur.

En beregning av verdien av en ytelse på bakgrunn av kostnadene fordrer at det kan gis en nøyaktig redegjørelse for kostnadene, og at det kan finnes et egnet sammenligningsobjekt som har en sammenlignbar kostnadsstruktur.⁷² EF-domstolen gir ingen nærmere veiledning om hvordan det skal fastsettes hvilke kostnader et gjennomsnittlig veldrevet foretak ville hatt. I vurderingen vil man antageligvis måtte basere seg på tall for det aggregerte kostnadsnivå innen den aktuelle bransje forbundet med produksjonen av den type ytelser som kontrakten om offentlig tjeneste omfatter.

EF-domstolens henvisning til at sammenligningen skal skje med en ”veldrevet” gjennomsnittsvirksomhet tyder på at et foretak som har en ineffektiv produksjon ikke kan kreve kompensasjon for merkostnader som følge av ineffektiviteten. Om et foretak er ineffektivt vil dette føre til at de variable kostnadene øker. EF-domstolens uttalelse tyder på at en kompensasjon for de merkostnader som ineffektiviteten fører til må anses som en overkompensasjon som er i strid med artikkel 61(1).

Når EF-domstolen understreker at sammenligningen skal skje med foretak som er ”tilstrøkkelig utstyret med transportmidler” viser dette at de faste kostnadene skal

⁷⁰ Premiss 93.

⁷¹ Avsnitt 235.

⁷² Se til illustrasjon Kommisjonens pressemeddelelse IP/96/882 av 10.02.1998 i en sak som gjaldt finansieringen av den portugisiske allmennkringkasteren. Kommisjonen la i saken til grunn at det ikke forelå statsstøtte da finansieringen av kringkasterens virksomhet ble basert på de kostnader som påløp i forbindelse med produksjonen av ulike typer programmer. Vedrørende kostnadsanalysen uttalte Kommisjonen følgende: “In order to ensure that the financing received does not exceed the cost of those activities, analytical accounting is carried out. The RTP is required to indicate in its annual budget the specific cost of each activity. Financing is granted on the basis of those forecasts and documentary evidence of expenditure incurred has to be presented before the State makes any payments.”

inngå i sammenligningsgrunnlaget. Det må m.a.o. gjøres en gjennomsnittsbetraktning om hvilke faste kostnader som vil påløpe for det produksjonsutstyr som er nødvendig for å produsere den aktuelle tjeneste. I forhold til fergetransporten består de faste kostnadene primært av utgifter knyttet til investeringer i ferger, og beregningen av de faste kostnadene vil måtte ta utgangspunkt i kostnadene forbundet med å anskaffe en ferge som tilfredsstillende kravene som stilles for å trafikere den aktuelle fergestrekning.

Konsekvensen av det fjerde vilkåret som EF-domstolen stiler i sak C-280/00 *Altmark* er at det i praksis blir avgjørende for statsstøttevurderingen hvordan kontraktstildelingen har skjedd. Da det for kontrakter som er utlyst og tildelt i tråd med EØS-avtalens anbudsregler vil presumeres at det erlegges en korrekt kompensasjon for ytelsen, vil en utlysning i tråd med anbudsreglene være en fremgangsmåte som reduserer eksponeringen av kontrakter om offentlig tjeneste i forhold til artikkel 61(1). Dette gjelder også i tilfelle der det kun er en tilbyder. Gjennom anbudsprosessen er markedet ”testet ut”, og normalt vil tilbyderen ha utformet sitt tilbud med en konkurransesituasjon for øye.

Dersom kontrakt tildeles uten en forutgående anbudsutlysning, må tilbyderen gi en tilstrekkelig detaljert redegjørelse for sine kostnader til at det kan foretas en vurdering av om kostnadene er kompensasjonsberettiget etter de kriterier EF-domstolen oppstiller i sak C-280/00 *Altmark*. Dersom kostnadene er høyere enn kostnadene til et gjennomsnittlig effektivt foretak vil kompensasjonen måtte reduseres tilstrekkelig til at foretaket ikke oppnår kostnadsdekning for ineffektiv drift.

11.6 Selektivitetskriteriet

For at en støtteordning skal rammes av artikkel 61(1) må den være selektiv. Dette fremgår av artikkel 61(1) som krever at en ordning må komme ”enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer” til gode for at de ytelses som gis under ordningen er å betrakte som statsstøtte. Støtten må m.a.o. være selektiv. Allmenne eller uspesifiserte tiltak som ingen har eksklusiv fordel eller nytte av er ikke å betrakte som støtte etter artikkel 61. Som et resultat av at støtte til ”produksjon av enkelte varer” rammes av artikkel 61(1), vil også ordninger som ikke retter seg mot bestemte foretak men en bransje eller en gruppe foretak som driver en definert type produksjonsvirksomhet rammes av forbudet. Kravet om at støtte må gis ”enkelte” foretak eller bransjer kan kalles selektivitetskriteriet.

Ordningen for innkontrahering av fergetjenester er, sammen med løyvesystemet for tildeling av tillatelse til å drive fergetrafikk på strekninger på riksveisambandet, rettet

mot produksjonen av en spesiell type tjenester. Selv om artikkel 61(1) etter sin ordlyd kun retter seg mot støtte til produksjon av enkelte ”varer”, er det klart at også støtte til tjenesteproduksjon vil omfattes av artikkel 61(1). Dersom løyvesystemet og kontraheringen av fergetjenester på generelt grunnlag ikke tilfredsstillende de krav EF-domstolen oppstiller i sak C-280/00 *Altmark* vil ordningen være å anse som selektiv da den innebærer støtte til en hel bransje. Dersom ordningen oppfyller vilkårene i sak C-280/00 *Altmark*, men det i enkeltsaker gjøres avvik fra ordningen som fører til at det foreligger støtte i den konkrete sak, vil støtten komme enkeltforetak til gode og helt klart være selektiv.

12. Virkningsanalysen – konkurransevridningskriteriet og samhandelskriteriet

12.1 Innledning

Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger støtte i form av overkompensasjon for at støtten skal rammes av forbudet i artikkel 61(1). For at tilfelle av overkompensasjon skal falle inn under forbudet i artikkel 61(1) må konkurransen og samhandelen påvirkes. I dette avsnittet vil vi drøfte om overkompensasjon for fergetjenester på riksveisambandet vil kunne påvirke konkurransen og samhandelen.

Det følger av EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-6/98, *Norge mot ESA (differensiert arbeidsgiveravgift)* at det ved vurderingen av generelle støtteordninger etter artikkel 61(1) er tilstrekkelig at enkelttiltak som faller inn under ordningen virker konkurransen eller påvirker samhandelen for at hele ordningen skal rammes av artikkel 61(1):

”Thus, when examining the compatibility with the EEA Agreement of aid granted in accordance with an existing aid scheme, a decision on the matter will relate to the scheme itself and not to individual aids granted under the scheme”.⁷³

Det er således tilstrekkelig å vise at ordningen for kompensasjon for riksveifergedrift kan resultere i enkeltstående støttetildeling som vil kunne vri konkurransen og påvirke samhandelen for at artikkel 61(1) skal komme til anvendelse på ordningen som sådan.

⁷³ Avsnitt 57.

12.2 Konkurransesvridningskriteriet

Det er etter artikkel 61(1) et vilkår at statsstøtten "vri eller truer med å vri konkurransen" for at den skal være forbudt. En konkurransevidning foreligger når statsstøtten, faktisk eller potensielt, griper inn i et bestående eller mulig konkurranseforhold mellom foretak eller bransjer og endrer konkurransens utvikling.⁷⁴ Det avgjørende er om et foretak eller en bransje har fått en økonomisk fordel som den under markedskonforme forhold ikke ville ha fått på de angjeldende vilkår, og som derfor endrer de konkurranseparametre foretaket har til sin disposisjon. Det er ikke et krav at støttemottagers konkurranserelasjon til andre foretak faktisk har blitt påvirket. Det er tilstrekkelig at støtten er egnet til å få en slik virkning, f.eks. ved å vanskeliggjøre etableringen av nye foretak på markedet.

For å vurdere om en støtte leder eller kan lede til en konkurransevidning, må det marked støtten har sin virkning på defineres. Dette markedet benevnes det relevante marked. Ved definisjonen av det relevante marked kan man ta utgangspunkt i hvordan det relevante marked avgrenses etter konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Det relevante marked er produktet av produktmarkedet og det geografiske marked.⁷⁵ Kommisjonen definerer det relevante produktmarked på følgende måte:

"A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use".⁷⁶

Kommisjonen definerer det relevante geografiske marked slik:

"The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighboring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas".

Etter dette foreligger det en konkurransevidning når enkelte foretak på det relevante marked blir begunstiget i forhold til aktuelle eller potensielle konkurrenter på en måte

⁷⁴ *Koenig/Kühling/Ritter*: EG-Beihilfenrecht s 83.

⁷⁵ Sesongmessige svingninger vil også ha betydning for markedsavgrensningen, m.a.o. eksistensen av temporære markeder.

⁷⁶ Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ 1997 C 372.

som kan påvirke konkurranserelasjonen mellom foretakene på det relevante marked. Begunstigelsen må innebære en forskjellsbehandling til fordel for bestemte foretak. Er ikke begunstigelsen målrettet mot bestemte foretak vil det heller ikke foreligge noen konkurransevridding.

Det antas markedet for ferge drift på riksveisambandet er en del av et større marked for fergetjenester innenfor EØS, som kan betjenes av fergereidere fra alle EØS-land. Dersom en aktør på en fergestrekning eller på et fergesamband mottar en overkompensasjon knyttet til sin ferge drift, vil aktøren motta økonomiske fordeler aktøren ikke hadde realisert i en konkurransesituasjon. Midlene vil representere en fordel i konkurransen med andre fergereidere, for eksempel i konkurransen om andre fergeruter, og vil således representere en konkurransevridding.

EF-domstolen har ved flere anledninger slått fast at det ikke kan innfortolkes i EF artikkel 87(1), jf. EØS artikkel 61(1), et krav om at virkningen på konkurransen må være merkbar.⁷⁷ Det er således sikker rett at artikkel 61(1) kommer til anvendelse også på de mer ubetydelige støttetiltak.⁷⁸ Selv om bagatellmessig støtte i utgangspunktet er omfattet av artikkel 61(1), vil støtte som ikke overstiger 100 000 i en treårsperiode nyte godt av et gruppefritak gitt i Kommisjonsforordning nr. 69/2001, artikkel 2(1). Som følge av gruppefritaket vil støtte som over en treårsperiode ikke overstiger terskelverdien på 100 000 euro kunne utbetales uten hinder av artikkel 61(1). Dette vil allikevel ikke gjelde støtte til fergetransport. Det følger av artikkel 1(1) at støtte til foretak i ”transportsektoren”, noe som vil omfatte støtte til foretak som driver innenriks fergetrafikk, ikke er omfattet av gruppefritaket. Selv bagatellmessig støtte til fergetrafikk på riksveisambandet vil derfor være omfattet av artikkel 61(1).⁷⁹

12.3 Samhandelskriteriet

Det er et vilkår at statsstøtten må ha en grenseoverskridende virkning og påvirke samhandelen mellom avtalepartene i EØS for at den skal omfattes av forbudet i artikkel 61(1). I et velfungerende indre marked med utstrakt handel over landegrensene skal det lite til før samhandelskriteriet er oppfylt. EF-domstolen oppstiller i *Phillip Morris mot*

⁷⁷ Se for eksempel sak C-159/98 *Tyskland mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-6857, premiss 39.

⁷⁸ Dette til forskjell fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i artikkel 53, der EF-domstolen har innfortolket et krav om at konkurransebegrensningen må være merkbar for at forbudet skal komme til anvendelse.

⁷⁹ Det foreligger et forslag til endring i Kommisjonsforordning 69/2001 som innebærer at også transportsektoren vil falle inn under forordningens og gruppefritakets anvendelsesområde, SEC(2004) 1701 final. Forslaget er foreløpig ikke vedtatt.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Kommisjonen en presumsjon for at samhandelskriteriet er oppfylt der en støtteforanstaltning styrker støttemottagers posisjon overfor dennes konkurrenter:

”Når en finansiell støtte, som ydes af en stat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for fællesskabet, må det antages, at denne samhandelen påvirkes af støtten”.⁸⁰

Dersom støtten gir mottageren en konkurransefordel vil det være nok å vise at støttemottageren er involvert i grenseoverskridende handel eller møter konkurranse fra foretak fra andre medlemsstater for at samhandelskriteriet skal anses oppfylt.⁸¹

Samhandelskriteriet vil ikke være oppfylt dersom støttemottagers virksomhet er rent lokal. Således fant *Kommisjonen* i en sak som gjaldt støtte til offentlig transport i havnebassenget i Venezia at forbudet mot statsstøtte i EF artikkel 87 ikke kom til anvendelse fordi markedet var rent lokalt.⁸² *Kommisjonen* la avgjørende vekt på at transportvirksomheten ikke hadde noen potensielle konkurrenter. Dersom det således kan sannsynliggjøres, for eksempel på bakgrunn av foretatte anbudsrunder, at det ikke er aktuelt for foretak fra andre avtaleparter innenfor EØS å tilby sine varer eller tjenester innenfor det aktuelle område, vil støtte til foretaket ikke rammes av artikkel 61(1) dersom det heller ikke er aktuelt for borgere fra andre avtaleparter innenfor EØS å etterspørre varene eller tjenestene.⁸³

At støtte til virksomhet som har rent lokal karakter kan falle utenfor artikkel 61(1) fordi samhandelen ikke påvirkes, ble anerkjent av EF-domstolen i sak C-280/00 *Altmark*. EF-domstolen åpnet i avgjørelsen for at støtte til transporttjenester som ytes på

⁸⁰ Sak 730/79, Saml 1980 s 2671, premiss 11.

⁸¹ Op cit premiss 12.

⁸² Sak C-81/97, *Kommisjonens XXIX beretning om konkurrencepolitikken 1999* s. 93, avsnitt 242.

⁸³ En annen *Kommisjonsavgjørelse* der samhandelskriteriet ikke var oppfylt fordi markedet var rent lokalt var *Freizeitbad Dorsden*, avgjørelse 258/00, http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf. Saken gjaldt kommunal støtte til et lokalt svømmehallanlegg. *Kommisjonen* fant at svømmehallen rekrutterte kunder fra et omland med en radius på ca 50 kilometer. Da den nederlandske grensen lå betydelig lenger unna var ikke samhandelskriteriet oppfylt. Videre fant ESA i en sak som gjaldt gunstige festkontrakter til private barnehager i Oslo at samhandelskriteriet ikke var oppfylt (avgjørelse av 18. desember 2003, dokument nummer 291/03/COL). Barnehager i Oslo har et rent lokalt marked da de kun betjener brukere i Oslo og omegn. Utenlandske tilbydere er ikke etablert på markedet for barnehagetjenester i Oslo, og ESA fant at ordningen heller ikke vil gjøre det attraktivt for dem å tilby sine tjenester på dette markedet. ESA kom på denne bakgrunn til at samhandelskriteriet ikke var oppfylt i saken, men tok forbehold om at ”a re-assessment of the situation may become necessary whenever firms operate day-care facilities across State borders”.

et lokalt eller regionalt nivå ikke påvirker samhandelen, men dette forutsetter at ikke tjenesteytere fra andre medlemsstater kan tilby den aktuelle tjeneste lokalt:

”[I]t must be observed, first, that it is not impossible that a public subsidy granted to an undertaking which provides only local or regional transport services and does not provide any transport services outside its State of origin may none the less have an effect on trade between Member States. Where a Member State grants a public subsidy to an undertaking, the supply of transport services by that undertaking may for that reason be maintained or increased with the result that undertakings established in other Member States have less chance of providing their transport services in that Member State”.⁸⁴

EF-domstolens avgjørelse i sak C-280/00 *Altmark* viser at den lokale eller regionale karakter en tjeneste har, ikke er avgjørende i forhold til samhandelskriteriet der tjenesteytere fra andre medlemsland kan tilby tjenesten på lokalt nivå. Det må antas at dersom de kommersielle forutsetningene er tilstede, vil det være interessant for fergeredere fra andre EØS-land å tilby fergetjenester på riksveisambandet. Fergeredere som ikke er etablert med ferger i Norge vil muligens stå overfor utfordringer forbundet med etablering som redere etablert i Norge ikke har, for eksempel i form av investeringer i ferger tilpasset de sikkerhetsmessige eller trafikkmessige krav som stilles til fergetrafikk på riksveisambandet. Er det av ulike grunner kun hypotetisk at fergeredere fra andre EØS-land vil tilby en tjeneste på lokalt nivå i Norge vil samhandelskriteriet ikke være oppfylt.⁸⁵ De utfordringer som fergeredere fra andre EØS-land eventuelt måtte møte ved etablering i Norge vil neppe representere absolutte etableringshindringer. Det kan derfor legges til grunn at fergeredere fra andre EØS-land vil være potensielle tilbydere av fergetjenester på riksveisambandet, slik at samhandelskriteriet må anses oppfylt.

13. Vil støtte til riksveifergedrift kunne omfattes av unntakene i artikkel 61(2)?

Dersom en et tiltak omfattes av forbudet i artikkel 61(1) vil det allikevel være tillatt dersom noen av unntakene i artikkel 61(2) for visse typer nærmere definerte støttetiltak kommer til anvendelse. Det følger av ordlyden til artikkel 61(2) at støttetiltak som omfattes av bestemmelsen ”skal være” forenlig med EØS-avtalens funksjon. Finner ESA at et støttetiltak oppfyller vilkårene i artikkel 61(2), skal tiltaket erklæres forenlig med EØS-avtalen. Det følger av sak 730/79 *Phillip Morris mot Kommisjonen*, Sml.

⁸⁴ Premissene 77 og 78.

⁸⁵ Sak C-280/00 *Altmark*, premiss 79.

1980 s. 2671 at ESA ikke er gitt noe skjønn i vurderingen av om et tiltak omfattes av unntaksbestemmelsen.

Etter artikkel 61(2) er ”støtte av sosial karakter som gis de enkelte forbrukere”, ”støtte som har til formål å bøte på skader som skyldes naturkatastrofer eller andre eksepsjonelle hendelser” og støtte til visse områder i tidligere DDR for å oppveie økonomiske ulemper disse områdene har, forenlig med EØS-avtalen. Det er på det rene at ingen av disse unntakene kommer til anvendelse på eventuell støtte til riksveifergedriften.

14. Vil støtte til riksveifergedrift kunne gis dispensasjon etter artikkel 61(3) som regionalstøtte?

14.1 Innledning

Etter artikkel 61(3) kan det på nærmere angitte vilkår gis dispensasjon fra forbudet i artikkel 61(1). For det første kan dispensasjon etter artikkel 61(3), bokstav a, gis til støtte som skal fremme den økonomiske utvikling i områder med unormal lav levestandard eller alvorlig underbeskjeftigelse. For det andre kan det etter bokstav b gis dispensasjon til støtte av felles europeisk betydning. For det fjerde kan det etter bokstav b gis støtte for å avbøte en alvorlig forstyrrelse av økonomien i et EØS-land. For det femte kan det gis støtte som skal lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller enkelte økonomiske områder.⁸⁶ For støtte til riksveifergene er det særlig regionalstøtte etter bokstav a og c som vil kunne være av betydning. At næringsvirksomhet plasseres utenfor i distriktene vil kunne være av sentral betydning for den økonomiske utviklingen i regionene. Et velfungerende riksveisamband er en forutsetning for at produktionsvirksomhet kan plasseres i områder der transportavstanden til markedene er betydelig.

Dispensasjon etter artikkel 61(3) fordrer at støtteordningen notifiseres. I forhold til notifikasjonsplikten må det skilles mellom ny og bestående støtte. ESA skal etter ODA-avtalens protokoll 3, del II, artikkel 2, ha forhåndsmelding om nye støtteordninger, om endringer i bestående støtteordninger samt enkelttilfelle av støtte utenfor eksisterende støtteordninger. ESA kan utøve et relativt vidt skjønn ved vurderingen av om en støtteordning eller et støttetiltak skal tillates etter artikkel 61(3).⁸⁷ Når det gjelder

⁸⁶ Det kan også etter bokstav d gis støtte til formål godkjent av EØS komiteen. Skipsbyggingsindustrien. Støtte til bygging.

⁸⁷ Se EF-domstolens avgjørelse i sak 62/87 og 72/87, *Glaverbel mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 1573.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

bestående støtteordninger, er disse ikke underlagt notifikasjonsplikt. Bestående støtteordninger omfatter støtteordninger som var gjeldende før EØS-avtalens ikrafttreden, eksplisitt godkjent støtte, samt støtte som er anmeldt, men hvor ESA ikke har reist innsigelser innen den tomånedersfrist som fastsettes i ODA, protokoll 3, del II, artikkel 4(5). Slike støtteordninger kan implementeres til ESA eventuelt reiser innsigelser mot støtteordningene, jf. EØS artikkel 62(1).

Drøftelsen av artikkel 61(3) i dette avsnittet skjer under den forutsetning at det ved overgangen til et nytt regime for kompensasjon av fergetjenester på riksveisambandet skjer endringer som nødvendiggjør notifikasjon. Om den eksisterende ordning er å anse som ny eller bestående støtte vil bli drøftet i avsnitt 16.

14.2 Bokstav a

EØS-avtalens artikkel 61(3), bokstav a åpner for at det kan gis dispensasjon til statsstøtte som er nødvendig for å utjevne forskjeller innenfor områder eller regioner i EØS. Forskjellene kan gjelde levestandard eller sysselsetting. I den grad det er områder med unormalt lav levestandard eller alvorlig underbeskjeftigelse i forhold til resten av EØS, vil det kunne være aktuelt med støtte til tiltak som gjør det mulig for bedrifter i disse områdene å sikre sysselsettingen. Dette kan begrunne støtte til drift av riksveifergesamband i slike områder. Det er allikevel et vilkår at støtten er proporsjonal i forhold til de nyttevirkninger som skal oppnås. I forhold til støtte til fergedrift på riksveisambandet kan det således ikke gis støtte i større utstrekning enn det som er nødvendig for å avbøte den foreliggende markedssvikt. Der et fergetilbud ikke vil etableres med mindre det offentlige gir støtte til slik drift kan støtte gis i så stor utstrekning som det er nødvendig for å etablere fergetilbudet, men ikke ut over dette. Proporsjonalitetskravet innebærer således at det etter artikkel 61(3) ikke kan gis dispensasjon for overkompensasjon. En konsekvens av sak C-280/00 *Altmark* er m.a.o. at bestemmelsen i praksis ikke hjemler dispensasjon etter bokstav a for kompensasjon for offentlig tjeneste som vil rammes av forbudet i artikkel 61(1).

14.3 Bokstav c

EØS-avtalens artikkel 61(3), bokstav c åpner for å tillate støtte ”som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder”. EF-domstolen har tolket bokstav c slik at denne hjemler støtte til områder eller regioner som har en dårligere økonomisk utvikling i forhold til andre regioner i samme

medlemsstat. Dette til forskjell fra bokstav a) som kun hjemler støtte til regioner som er i en alvorlig økonomisk situasjon vurdert i forhold til andre regioner innenfor EØS.⁸⁸ Støtte til fergetransport på riksveisambandet innenfor visse regioner i Norge der markedet ikke vil skaffe til veie de nødvendige fergetyelser vil således i utgangspunktet kunne tilfredsstillende vilkårene i bokstav c. Også i forhold til bokstav c er det et vilkår at støtten er proporsjonal. Da overkompensasjon for en ytelse ikke vil være nødvendig for å få etablert et fergetilbud på en strekning, tilbyrderne vil tilby ytelsen når de får dekket sine kostnader med et tillegg av en profitt som kan sammenlignes med profitten ved driften av andre fergestrekninger, vil en overkompensasjon i strid med artikkel 61(1) i praksis ikke oppfylle vilkårene for dispensasjon etter artikkel 61(3), bokstav c.

15. Vil artikkel 59(2) kunne hjemle kompensasjon for fergedrift som innebærer ”statsstøtte” etter artikkel 61?

15.1 Innledning

Dersom et foretak er pålagt å utføre oppgaver av ”almen økonomisk betydning” kommer EØS-avtalens konkurranseregler, derunder statsstøttereglene, kun til anvendelse ”i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Dersom fergetjenester på riksveisambandet anses som en tjeneste av ”almen økonomisk betydning” og det gis kompensasjon for å yte slike tjenester som rammes av artikkel 61, vil støtten kunne hjemles i artikkel 59(2) dersom støtten er nødvendig for å at tjenestene skal kunne utføres.

Artikkel 59(2) blir først relevant i forhold til kompensasjonsordningen for fergetjenester på riksveisambandet dersom den kompensasjon som ytes er en overkompensasjon. Det vil da foreligge statsstøtte i strid med artikkel 61(1). For at en slik kompensasjon skal kunne gjennomføres uten hinder av statsstøtteforbudet, må en anvendelse av artikkel 61(1) på overkompensasjonen ”rettslig eller faktisk hindre” mottageren å utføre oppgaver av ”almen økonomisk betydning” som er pålagt det aktuelle foretak.

Selv om artikkel 59(2) etter systematikken i EØS-avtalen først vil være relevant der det foreligger en overkompensasjon i strid med artikkel 61(1), m.a.o. for kompensasjonsordninger som ikke oppfyller Altmark-kriteriene, har Kommisjonen til

⁸⁸ Jf. Sejersted: *EØS-rett* s. 617-618.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

hensikt å legge artikkel 59(2) til grunn som det primære rettsgrunnlag i sin vurdering av kompensasjoner for offentlige tjenester. Kommisjonen vil vurdere kompensasjon for offentlige tjenester direkte opp mot vilkårene i EF artikkel 86(2), uten å ta stilling til om Altmark-kriteriene er oppfylt. Dersom en kompensasjonsordning oppfyller vilkårene i artikkel 59(2) er det i prinsippet ikke nødvendig å vurdere forholdet til artikkel 61(1), forutsatt at det er foretatt en korrekt vurdering av rettstilstanden under artikkel 59(2).

I det videre vil vi først undersøke om fergetrafikk på riksveisambandet vil kunne omfattes av artikkel 59(2). Deretter vil vi redegjøre for Kommisjonens vurdering av kompensasjon for offentlige tjenester etter artikkel 59(2).

15.2 Er fergetjenester på riksveisambandet ”tjenester av almen økonomisk betydning”? Begrepet tjenester av almen økonomisk betydning” defineres ikke nærmere i artikkel 59(2), eller i andre bestemmelser i EØS-avtalen. Det fremgår av EF-domstolens praksis at de såkalte ”public service obligations” omfattes av begrepet. Eksempler er kraftleverandører som pålegges å levere strøm til alle innenfor et konsesjonsområde,⁸⁹ drift av offentlig telefonnettet⁹⁰ og landsdekkende posttjenester⁹¹.

EF-domstolen har i ikke ubetydelig grad akseptert at medlemsstatene selv har innflytelse over hvilke tjenester som anses å ha en så stor betydning for medlemsstaten at den er å betrakte som en tjeneste av almen økonomisk interesse.⁹² I sin prøving av om en tjeneste i strid med konkurransereglene kan rettfærdiggjøres etter EF artikkel 86(2), jf. EØS artikkel 59(2), har EF-domstolen derfor ikke vært intensiv i prøvingen av om tjenesten materielt sett er av en slik art at den kan kvalifiseres som en ”tjeneste av almen

⁸⁹ Sak C-393/92 *Almelo*, Sml. 1994 s. I-1477.

⁹⁰ Sak C-18/88 *GB-Inno-BM*, Sml. 1991 s. I-5941.

⁹¹ Sak 320/91 *Corbeau*, Sml. 1993 s. I-2533.

⁹² For en redegjørelse for EF-domstolens praksis, se Heidenhain: *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts* s. 599-600. Førsteinstansretten går i sak T-106/95 *La Poste*, Sml. 1997 s. II-229 langt i å uttrykkelig anerkjenne medlemsstatenes rett til å definere hva som må anses å være ”tjenester av almen økonomisk betydning” på områder der det ikke fellesskapsregler. I forhold til anvendelsen av EF artikkel 86(2), jf. EØS artikkel 59(2) var Førsteinstansretten at Kommisjonen ”savner beføyelse til at ta stilling til vilkårene for utførelsen og omfanget af en offentlig virksomheds offentligtretlige opgaver, ligesom Kommissionen ikke kan ta stilling til hensigtsmæssigheden af de kompetente nationale myndigheds politiske valg vedrørende disse spørgsmål, dog således, at aktiviteten inden for områder underlagt fri konkurrence ikke må begunstiges af støtten, og denne ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at den pågældende virksomhed kan udføre de særlige opgaver, den har fået overdraget” (premiss 192). I sin meddelelse om ”Forsyningspligttydelser i Europa“ gir Kommisjonen i avsnitt 22 uttrykk for ”at det primært henhører til medlemsstaterne at definere, hvad de forstår ved tjenesteydelser af almen økonomisk interesse på grundlag af de pågældende aktiviteter karakteristika“.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

økonomisk” betydning.⁹³ EF-domstolen har begrenset seg til å slå ned på tilfelle der samfunnsinteressen er relativt begrenset. Fremfor en materiell prøving basert på en anvendelse av tjenestebegrepet, har EF-domstolen fokusert på de formelle krav i artikkel 59(2), d.v.s. at tjenesten må være pålagt gjennom en offentligrettslig akt og klart definert i denne.

Som en konsekvens av at EF-domstolen har akseptert at medlemsstatene må gis et spillerom m.h.t. hva som er ”tjenester av almen økonomisk betydning”, har domstolen anerkjent tjenester utenfor et snevert sett av ”public service obligations” å omfattes av begrepet. For eksempel ble tilbudet av en tjenestepensjonsordning funnet å være en tjeneste av ”almen økonomisk betydning”, jf. sak C-67/96 *Albany*, Sml. 1999 s. I-5751. I sak C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Sml. 2001 s. I-8089, fant EF-domstolen at ambulansetjenester var en tjeneste av ”almen økonomisk betydning”. Det samme ble slått fast å være tilfelle for bortskaffelse av avfall i C-203/96 *Dusseldorp*, Sml. 1998 s. I-4075. Videre er almenkringkasting,⁹⁴ flyselskaper som som er pålagt å betjene ulønsomme flyruter⁹⁵ og havnetjenester som ivaretar sikkerheten i havnen⁹⁶ å betrakte som tjenester av ”almen økonomisk betydning”.

Et sentralt kjennetegn ved de saker der EF-domstolen har akseptert at en tjeneste er av ”almen økonomisk betydning”, er at markedet ikke ville tilbudt tjenesten uten statlig intervensjon.⁹⁷ Dette reiser spørsmålet om det utelukker at en tjeneste vil anses å være en tjeneste av ”almen økonomisk betydning” dersom markedsaktørene ville ha tilbudt tjenesten uten et offentlig pålegg. For fergerutene på riksveisambandet reiser spørsmålet seg i forhold til fergeruter der trafikkgrunnet er stort nok til at et fergerederi vil kunne betjene den aktuelle fergestrekning med fortjeneste. En ordning som sørger for at det tilbys fergetjenester på fergeruter som ikke ville ha blitt betjent av ferger uten kompensasjon fra statens side, vil etter vår oppfatning være en ordning vedrørende

⁹³ Jf. generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i sak C-309/99 *Wouters*, Sml. 2002 s. I-1577, avsnitt 162. Se også Kommisjonens forsyningspliktmeddelelse, EFT 2001 C 17 s. 4 flg., avsnitt 22: ”Medlemsstaternes frihet til at definere betyder, at det primært henhører under medlemsstaterne at definere, hvad de forstår ved tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse på grundlag af de pågældende aktiviteter karakteristika. Denne definitionen kan kun underkastes kontrol af, at den ikke er beheftet med tydelige fejl” (Kommisjonens understreking).

⁹⁴ Sak 155/73 *Sacchi*, Sml. 1974 s. 109.

⁹⁵ Sak 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, Sml. 1989 s. 803.

⁹⁶ Sak C-266/96 *Corsica Ferries*, Sml. 1998 s. I-3949.

⁹⁷ Jf. Heidenhain: *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts* s. 600-601. Jf. også meddelelse fra Kommisjonen om „Forsyningspligttydelser i Europa, EFT 2001 C 17 s. 1: Tjenesteydelser af almindelig økonomisk ineterse adskiller sig fra almindelige tjenesteydelser ved, at de offentlige myndigheder betragter dem som nødvendige, også selv om markedet ikke har tilstrækkelige incitamenten til at sikre levering af dem“ (avsnitt 14).

tjenester av ”almen økonomisk betydning”. Spørsmålet blir om fergeruter med tilstrekkelig trafikkgrunnlag til at de vil kunne gi lønnsom drift må behandles annerledes enn fergestrekninger der trafikkgrunnlaget er for lite til at drift av disse vil kunne være lønnsom uten tilleggskompensasjon fra staten.

I noen tilfelle gis det løyve og kontrakt som omfatter flere fergestrekninger til et fergeselskap. For fergestrekninger som må ses i en trafikkmessig sammenheng vil det ikke ha betydning at en av rutene eventuelt har et tilstrekkelig trafikkgrunnlag til at fergetrafikk på denne strekningen vil kunne drives lønnsomt.

At markedet vil frembringe en tjeneste innebærer ikke uten videre at tjenesten vil bli tilbudt med den kvalitet og i det omfang som det offentlige ønsker. Det offentlige interesse i at markedet ”overprøves” bør være tilstrekkelig til at tjenesten anses å være av ”almen økonomisk betydning”, forutsatt at det kan vises at det er i samfunnets interesse at tjenesten blir produsert med andre karakteristika enn det markedet ville ha gjort. Det vil således kunne være tilstrekkelig at samfunnet ønsker at en tjeneste skal tilbys til bestemte vilkår eller priser for at tjenesten må anses å være av ”almen økonomisk betydning” i forhold til artikkel 59(2).⁹⁸ Dersom en statlig regulering fører til at en tjeneste tilbys på bedre vilkår eller til lavere pris enn markedet ville tilbudt tjenesten til uten statlig intervensjon, vil en kompensasjon fra det offentlige ha til virkning en dekning av de kostnader den offentlige markedsregulering fører til.

Det offentlige interesse i at en tjeneste tilbys på bedre vilkår eller til lavere pris enn en markedsløsning ville realisert har blitt uttrykkelig anerkjent på transportområdet. I Rfo. 1191/69 ”on action by Member States concerning the obligations inherent in the concept of a public service in transport by rail, road and inland waterway” definerer i artikkel 2 ”public service obligations” som ”obligations which the transport undertaking in question, if it were considering its own commercial interests, would not assume *or would not assume to the same extent or under the same conditions*” (vår uthevning). At en medlemsstats interesse i at en tjeneste tilbys på bestemte vilkår er tilstrekkelig til at tjenesten anerkjennes som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning har blitt fulgt opp i senere sekundærlovgivning på transportrettens område. Cabotasjeforordningens artikkel 2(4) definerer således ”forpligtelser til offentlig tjeneste” som ”forpligtelser, som EF-rederen, hvis han tog hensyn til sin egen kommersielle interesse, ikke ville

⁹⁸ Jf. Nicolaidis: *Competition and Services of General Economic Interest in the EU: Reconciling Economics and Law* s. 188.

påtage sig eller *ikke ville påtage sig i samme omfang eller på samme betingelser*” (vår uthevelse).⁹⁹

Spørsmålet kommer derfor først på spissen dersom markedet vil tilby en fergetjeneste som tilfredsstillende det offentlige behov for fergetrafikk på den aktuelle strekningen. Dersom markedsaktørene i egeninteresse vil tilby fergetjenester med et innhold som ivaretar samfunnets behov for trafikk på den aktuelle strekningen, vil det ikke foreligge noen markedssvikt som krever offentlige pålegg. Det skilles ikke i dag mellom ruter der aktørene i egeninteresse ville tilby en tilfredsstillende fergetjeneste og tilfelle der det foreligger en markedssvikt i forhold til det offentlige behov. Dette innebærer at også ruter som ville ha blitt betjent uten et statlig mellomværende underlegges løyveregimet og Stortingets fastsetting av billettprisene. Selv om minstekravene til tjenesten ville ha blitt ivaretatt av markedet, er det et separat hensyn at prisene reguleres, m.a.o. at billettprisene ikke overstiger den pris Samferdseldepartementet ut fra et bredere spekter mener samfunnshensyn nedfeller som ”riktig” pris i takstregulativet etter yrkestransportforskriften § 29. Samfunnet har således en interesse også i å regulere tilbudet av fergetjenester på ruter der markedet Dette vil antageligvis være tilstrekkelig til at fergestrekninger med tilstrekkelig trafikkgrunnlag til kommersiell drift ikke behandles annerledes i forhold til begrepet ”tjenester av almen økonomisk betydning” enn fergestrekninger der grunnlaget for kommersiell drift ikke er tilstede.¹⁰⁰

15.3 Vurderingen etter artikkel 59(2)

15.3.1 *Innledning*

For at kompensasjon for en ”tjeneste av almen økonomisk betydning” som inneholder et støtteelement skal være forenlig med EØS-avtalen etter artikkel 59(2), må tre vilkår være oppfylt. For det første må tjenesten være pålagt det eller de aktuelle foretak. For det andre må tiltaket ikke gå lenger enn det som er nødvendig for at foretakene skal kunne ”utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. For det tredje må ikke

⁹⁹ Se også Rfo. 2408/92 ”om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Faellesskabet” artikkel 2(2)(o).

¹⁰⁰ Et annet forhold er at det i slike tilfelle neppe vil være nødvendig med kompensasjon for det offentlige for eventuelle merkostnader som følge av de pålegg om fergedriftens innhold. Dette skyldes to forhold. For det første vil et pålegg ikke resultere i noen merkostnader dersom et fergeselskap som betjener en strekning med et solid trafikkgrunnlag selv ville valgt å tilby en ytelse med det innhold pålegget krever. For det andre vil inntektene på en rute med stor trafikk kunne gjøre ytterligere kompensasjon for det offentlige overflødig. Dette kommer vil tilbake til nedenfor.

utviklingen av samhandelen ”påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser”.

15.3.2 Kravet om at tjenesten må være ”tillagt” foretaket

Kravet i artikkel 59(2) om at en tjeneste av almen økonomisk betydning må være ”tillagt” det eller de aktuelle foretak, skal sikre transparens: Omfanget av tjenesten skal være klart definert og det foretak som skal utføre tjenesten må være individualisert.¹⁰¹ Dette er nødvendig for at man skal kunne foreta den avveining mellom avtalepartenes individuelle interesser og de interesser som ligger til grunn for etableringen av EØS som artikkel 59(2) forutsetter. For at det skal kunne foretas en vurdering av om det er nødvendig å fravike konkurransereglene, derunder statsstøttereglene, for å ivareta de interesser den aktuelle tjeneste skal ivareta, må tjenesten defineres klart. For at det skal være mulig å identifisere hvilke tiltak som iverksettes for å yte den aktuelle tjeneste må det eller de foretak som skal yte den individualiseres.

Etter EF-domstolens praksis må tjenesten tillegges det aktuelle foretak ved en offentlig myndighetshandling for at vilkåret i artikkel 59(2) skal være oppfylt.¹⁰² Der en almennyttig tjeneste er pålagt gjennom lov eller forskrift vil kravet helt klart være oppfylt. Det samme vil være tilfelle dersom pålegget er gitt gjennom enkeltvedtak. I sak C-159/94 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1997 s. I-5815 fant EF-domstolen at forpliktelser som fremgikk av et konsesjonsvilkår i et vedlegg til en avtale mellom den franske stat og et foretak om konsesjon til drift av det alminnelige strømmettet var ”tillagt” foretaket. Selv om saken gjaldt en avtale om konsesjon, kan det hevdes at en forpliktelse vil anses tillagt et foretak også der staten i andre tilfelle velger å bruke avtaleinstituttet. Kommisjonen legger således i forsyningspliktmeddelelsen til grunn at avtaler med det offentlige er et tilstrekkelig rettslig grunnlag etter artikkel 59(2).¹⁰³

Som nevnt i avsnitt 11.2.3 fremgår pålegg om fergetjenesteyting dels av lov, forskrift, enkeltvedtak og avtale. Kravet om ”tillagt” i artikkel 59(2) vil således være oppfylt for fergetjenester på riksveisambandet.

¹⁰¹ Jf. *Heidenhain*: Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts s. 602.

¹⁰² Se sak 127/73 BRT II, Sml 1974 s. 313, premiss 20, sak 172/82 Züchner, Sml. 1981 s 2021, premiss 7 og sak 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen*, Sml. 1989 s. 803, premiss 55..

¹⁰³ Jf. forsyningspliktmeddelelsen, OJ 2001 C 17 s. 4, avsnitt 22: ”For at undtagelsen i artikkel 86, stk. 2. kan finde anvendelse, skal public service-opgaven være klart defineret og udtrykkelig overdraget ved en offentlig myndighetsakt (*herunder aftaler*)” (min utheving).

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Det er en nær sammenheng mellom kravet formulert av EF-domstolen om at det begunstigede foretaket må være ”pålagt at oppfylde forpliktelse til offentlig tjeneste” og kravet i artikkel 59(2) må være ”tillagt” det begunstigede foretaket. En forpliktelse som er ”pålagt” et foretak slik begrepet brukes av EF-domstolen i sak C-280/00 *Altmark* vil også være ”tillagt” foretaket i artikkel 58(2)s forstand.

15.3.3 Proporsjonalitetskravet

Artikkel 59(2) åpner for at konkurransereglene, derunder statsstøttereglene, kan settes tilside ”i den utstrekning” det er nødvendig for at et foretak skal kunne utføre oppgaver av allmenn økonomisk betydning tillagt foretaket. I dette ligger et proporsjonalitetskrav. Dersom et tiltak går lenger enn det som er nødvendig for at et foretak skal kunne utføre en offentlig tjeneste vil tiltaket ikke kunne gjennomføres med hjemmel i artikkel 59(2).

Det er ikke tilstrekkelig at produksjonen av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning blir vanskeliggjort eller hemmet for at artikkel 59(2) skal komme til anvendelse.¹⁰⁴ EØS-avtalens statsstøtteregler må representere en reell hindring for frembringelsen av den aktuelle tjenesteytelse for at en støtteordning skal kunne tillates etter artikkel 59(2). I forhold til ordninger som skal gi kompensasjon for utgifter foretak har i forbindelse med å oppfylle pålegg om tjenesteyting fra det offentlige, kreves det allikevel ikke at ordningen må være nødvendig for å unngå at et foretaket driver med tap som truer foretakets eksistens.¹⁰⁵ EF-domstolen har lagt til grunn at ordninger som skal sikre foretak akseptable økonomiske vilkår vil kunne begrunnes i EF artikkel 86(2), jf. EØS artikkel 59(2), se for eksempel sak C-67/96 *Albany*, Sml. 1999 s. I-5751:

”Endvidere bemærkes, at det ikke er en forudsætning for, at betingelserne for at anvende traktatens artikkel [86], stk. 2, er opfyldt, at den finansielle ligevægt eller de økonomiske overlevelsesmuligheder for den virksomhed, der har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, er truet. Det er tilstrækkeligt, at virksomheden, såfremt den ikke har de anfægtede rettigheder, er hindret i at opfylde de særlige opgaver, der er betroet den, således som de nærmere er fastlagt ved de forpligtelser og begrænsninger, der påhviler den ..., eller at det er nødvendigt at opretholde disse rettigheder, for at den, der har dem, kan opfylde de opgaver af almen økonomisk interesse, som er betroet ham, på acceptable økonomiske vilkår”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Jf. Førsteinstansrettens avgjørelse i sak T-260/94 *Air Inter*, Sml 1997 s. II-997, premiss 138.

¹⁰⁵ Jf. sak C-159/94 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1997 s. I-5819, premiss 59 og sak C-67/96 *Albany*, Sml. 1999 s. I-5751, premiss 107.

¹⁰⁶ Premiss 107. Se også EF-domstolens avgjørelser i sak C-320/91 *Corbeau*, Sml. 1993 s. I-2533, premiss 14-16 og sak C-157/94, *Kommisjonen mot Nederland*, Sml. 1997 s. I-5699, premiss 39.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

En kompensasjonsordning vil således oppfylle proporsjonalitetskravet i artikkel 59(2) dersom den sikrer et foretak akseptable økonomiske vilkår, jf. også EF-domstolens avgjørelse i sak C-53/00 *Ferring*, Sml. 2001 s I-9067, premiss 27. Hva som er akseptable økonomiske vilkår må vurderes på bakgrunn av hvilke vilkår et foretak ville tilbudt den aktuelle tjeneste til markedet på. Da en markedsaktør vil tilby en tjeneste dersom han får sine kostnader dekket pluss en rimelig fortjeneste, vil det i utgangspunktet aldri være nødvendig å betale mer enn ytelsens markedsverdi for en tjeneste for at de økonomiske vilkårene skal være akseptable for virksomheten. Betaling ut over kostnadene, med et tillegg for det som er å anse som en rimelig fortjeneste eller en normalfortjeneste på den aktuelle sektor, vil da ikke tilfredsstillе proporsjonalitetskravet i artikkel 59(2). Vi ser av dette at vurderingstemaet under artikkel 59(2) blir det samme som vurderingstemaet formulert av EF-domstolen i det tredje vilkåret i sak C-280/00 *Altmark*.

Det kan stilles spørsmål ved om proporsjonalitetskravet i artikkel 59(2) går lenger enn EF-domstolen gjør i sak C-280/00 *Altmark* i å anerkjenne at medlemsstatene i noen tilfelle bør kunne betale en pris som overstiger kostnadene forbundet med å frembringe ytelsen pluss en rimelig fortjeneste. Det kan således hevdes at det i noen tilfelle vil kunne være aktuelt å betale en særlig stor risikopremie eller lignende. Alle elementer som har betydning for prisingen vil markedsaktørene ta hensyn til i prissettingen. Særlige forhold som fører til en høyere pris vil da bli priset korrekt inn av markedet. Det vil derfor ikke være behov for et lempeligere proporsjonalitetskrav i tilfelle med særskilte kostnadselementer.

15.3.4 Samhandelen må ikke påvirkes i strid med avtalepartenes interesser

Selv om det virkemiddel en avtalepart benytter seg av for å sikre tilbudet av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning er det minst inngripende virkemiddel avtaleparten har til disposisjon, og proporsjonalitetskravet således er oppfylt, er det et vilkår etter artikkel 59(2) at samhandelen ”ikke påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser”. Det er ikke tilstrekkelig at samhandelen påvirkes av det aktuelle tiltak. Det må stilles som krav at det finner sted en kvalifisert påvirkning. Generaladvokat Cosmas tolker i sitt forslag til avgjørelse i sak C-157/94 *Kommisjonen mot Nederland*, Sml. 1997 s. I-5699, artikkel 59(2), andre punktum, slik at bestemmelsen skal avverge at et tiltak virker restriktivt på samhandelen ”i en sådan udstrekning, at der i praksis ikke

eksisterer samhandel inden for Fællesskabet på det pågældende område”.¹⁰⁷ Det kreves m.a.o. en alvorlig påvirkning av samhandelen i negativ retning for at et tiltak som i utgangspunkt tilfredsstillende vilkårene i artikkel 59(2), første punktum ikke skal kunne erklæres forenlig med EØS-avtalen p.g.a. artikkel 59, andre punktum. Da ordningen for kompensasjon for fergetjenester som ytes i fergetrafikk på riksveisambandet ikke gir fergerederier fra andre EØS-land dårligere vilkår enn norske fergerederier, og fergerederier fra andre EØS-land kan søke konsesjon for fergetrafikk på riksveisambandet på samme vilkår som norske rederier, vil ordningen ikke påvirke samhandelen på en måte som er i strid med artikkel 59(2), andre punktum.

15.4 Kommisjonens forslag om anvendelsen av artikkel 59(2) på offentlige tjenester

Kommisjonen vil ved vurderingen av kompensasjon for offentlig tjenesteytelse ikke primært basere seg på forbudet mot statsstøtte i EF-traktatens artikkel 87(1) og den test EF-domstolen utviklet i sak C-280/00 *Altmark*, men har til hensikt å benytte seg av hjemmelen i artikkel 86(2), jf. EØS-avtalens artikkel 59(2). Kommisjonen har derfor fremmet forslag til en ”beslutning om anvendelsen af bestemmelserne i traktatens artikkel 86 på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse”. Kommisjonen foreslår med hjemmel i EF-traktatens artikkel 86(3), jf. EØS-avtalens artikkel 59(3), å innføre en de minimis regel for kompensasjon for offentlig tjeneste. I forslaget artikkel 1(i) fastsettes det at kompensasjon for offentlig tjeneste ytet til foretak som har en samlet årsomsetning under en bestemt terskelverdi, og der kompensasjonen ikke overstiger et fastsatt beløp, skal anses forenlig med fellesmarkedet og være fritatt fra anmeldelsesplikt. Størrelsen på beløpene er foreløpig ikke fastsatt.

For sjøtransport ”til og fra øer” gjelder det etter artikkel 1 (iv) særskilte terskelverdier. Denne type tjenester omfattes av de minimis unntaket dersom sjøtransporttjenestene er tildelt i tråd med de regler som gjelder denne sektoren, og den årlige trafikk ikke overstiger 100 000 passasjerer. Når forslaget til forordning uttrykkelig henviser til sjøtransport ”til og fra øer”, tyder det på at det vil være hovedregelen i artikkel 1(i) som kommer til anvendelse på fergetransport som er en del av riksveisambandet. Det kan argumenteres for at artikkel 1(iv) må fortolkes slik at regelen omfatter all transport som omfattes av cabotageforordningen, også

¹⁰⁷ Avsnitt 126.

fergetransport i fjorder. Det faktum at cabotageforordningen er en del av sektorens regler kan tas til inntekt for en slik fortolkning. Den spesifikke henvisningen i artikkel 1(iv) taler mot en slik tolkning.

Kommisjonen er ventet å vedta den foreslåtte de minimis beslutningen i nærmeste fremtid. En tilsvarende de minimis regel må forventes etablert innenfor EØS etter artikkel 59(3) av EFTAs overvåkingsorgan.

Kommisjonen har til hensikt å anvende EF-traktatens artikkel 86(2), jf. EØS-avtalens artikkel 59(2), også på kompensasjon for offentlig tjeneste som ikke vil omfattes av det foreslåtte de minimis fritaket. Retningslinjer for vurderingen av offentlige tjenester etter artikkel 86(2) er beskrevet i forslag til "Fællesskabsbestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste". Det fremgår av forslaget at det er en klar parallellitet mellom Kommisjonens vurdreingstemaer knyttet til artikkel 86(2), og de kriterier som EF-domstolen oppstilte i sak C-280/00, *Altmark*. Det gjelder for det første et vilkår om at tjenesteytelsen av "almen økonomisk betydning" skal være pålagt det tjenesteytende foretaket. For det andre må foretakets regnskaper gi mulighet til å etterprøve om det har blitt gitt en overkompensasjon. For det tredje må kompensasjonen i utgangspunktet ikke overstige det som er nødvendig for å dekke kostnadene forbundet med den aktuelle tjenesteytelse, med tillegg av en rimelig profitt til foretaket. Ved beregningen av kompensasjonens størrelse baserer Kommisjonen seg primært på de faktiske kostnader det er forbundet med å yte den aktuelle tjeneste. Kommisjonen kan i særlige tilfelle godkjenne overkompensasjon. Ordningen som innebærer overkompensasjon kan ikke implementeres før etter anmeldelse til og godkjenning av Kommisjonen. Dersom man ønsker å inngå kontrakter om fergedrift på riksveisambandet uten krav om godkjenning fra ESA, vil man således uansett måtte følge den fremgangsmåte som fastlegges av EF-domstolen i sak C-280/00 *Altmark*.

16. Sanksjoner ved tildeling av ulovlig støtte

16.1 Problemstilling og faktum

I dette avsnittet vurderes EØS-avtalens regler om tilbakeføring av statsstøtte. Utgangspunkt og forutsetning er at det systemet som implementeres etter konkurransetsettingen, med kompensasjon utmålt etter *Altmark*-kriteriene, kontroll med krysssubsidiering mv. ikke kommer i konflikt med statsstøttereguleringen.

Historisk utbetalt støtte vil likevel kunne ha betydning i en konkurransetsettingssituasjon, først og fremst ved bruk av statsfinansierte ferger i

anbudskonkurranse. Vurderingen her gjelder således spørsmålet om støtte som er utbetalt etter EØS-avtalens ikrafttredelse og frem til i dag kan angripes som ulovlig.

Systemet med støtte til investeringer i ferger er gammelt, og går tilbake til 1950-tallet. I korte trekk består systemet i at staten ved investeringer i nye ferger dels stiller garanti for banklån (tidligere først og fremst gjennom Postbanken), dels at staten i en femtenårsperiode gir tilskudd til løpende kapitalslit. Støtteordningen dekker også såkalt forskuttert kapitalslit, dvs. at det dekkes fremtidig slitasje/nedskrivning. Støtten til kapitalslit inngår som en del av rammetilskuddsordningen. Den reelle levetiden på en ferge er i alle fall 30 år.

Resultatet av ordningen er at rederier etter femten år vil eie en ferge som er fullfinansiert av staten. Spørsmålet i det følgende er om slike ferger lovlig kan benyttes i et konkurranseutsatt marked, og om eventuell støtte vil kunne kreves tilbakeført.

Det oppstår ikke spørsmål om fortsettelse av igangværende støtte til konkrete ferger. Der ferger benyttes i anbudskonkurranse, tas den aktuelle fergen ut av rammetilskuddsordningen, og det utbetales således ikke støtte for tiden fremover. Allerede utbetalt støtte, dvs. forskuttert kapitalslit, vil likevel ikke kreves tilbake.

I det følgende beskrives først systemet for tilbakeføring av statsstøtte. Deretter vurderes rammetilskuddsordningen opp mot dette.

16.2 Systemet ved tilbakeføring i statsstøtteren

16.2.1 *Generelt*

Statsstøtteregulverket håndheves av EFTAs overvåkningsorgan, men Moderniseringsdepartementet har også visse oppgaver under lov om offentlig støtte. For så vidt gjelder tilbakeføring, pålegges dette av EFTAs overvåkningsorgan i medhold av den såkalte prosedyreforordningen art 14.¹⁰⁸ Pålegget vil rette seg mot Norge, og det vil deretter være opp til den støttegivende myndigheten å kreve penger fra støttemottager. Dette vil skje med hjemmel i lov om offentlig støtte § 5.

EFTAs overvåkningsorgans vedtak om å pålegge tilbakeføring fattes i en prosess der Norge er part. Støttemottager er ikke formelt part i denne prosessen, men har adgang til å gi skriftlig innlegg for EFTAs overvåkningsorgan. EFTAs overvåkningsorgans vedtak om å pålegge tilbakeføring kan også bringes inn for EFTA-domstolen, både av Norge

¹⁰⁸ Rådets forordning 659/1999 om fastleggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel [88], EFT 1999 L 83 s. 1, gjennomført i norsk rett ved forskrift nr. 198 av 21. februar 2003 om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg til Protokoll 3 om nærmere regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93 (prosedyreforordningen).

og av støttemottager. Dette er for eksempel gjort i saken om industriens fritak fra el-avgift, der pålegget om å kreve avgift etterbetalt er brakt inn for EFTA-domstolen av Norge og industrien.

Tilbakeføring av ulovlig støtte er obligatorisk, dvs. at det skal pålegges tilbakeføring hvis det konstateres ulovlig støtte. Det eneste unntaket fra dette er at tilbakeføring ville stride mot et grunnleggende EØS-rettslig prinsipp, jf. prosedyreforordningene art 14.3. Praktisk her er proporsjonalitetshensynet og hensynet til beskyttelse av berettigede forventninger.

Det er kun *ulovlig* støtte som kan kreves tilbakeført. Støtten må tilfredsstillende to vilkår for å karakteriseres som ulovlig; den må være ny (i motsetning til eksisterende), og den må være iverksatt i strid med stand-still klausulen (iverksettelsesforbudet), jf. prosedyreforordningen art 3. Eksisterende støtte er således lovlig, og kan fortsette inntil EFTAs overvåkningsorgan innleder formell prosedyre mot støtten, eller EFTA-staten godtar forslag om såkalte "appropriate measures".

Utbetaling i strid med iverksettelsesforbudet er i utgangspunktet et rent formelt vilkår. I dette ligger at støtten er utbetalt uten at den er notifisert til EFTAs overvåkningsorgan. Mer problematisk er grensen mellom ny og eksisterende støtte. Denne tas opp i det følgende.

16.2.2 Eksisterende eller ny støtte?

Eksisterende støtte kan ikke kreves tilbakeført. Prosedyreforordningen art. 1(b) inneholder en nærmere definisjon av kategorier som behandles som eksisterende støtte. Art. 1(c) definerer deretter all støtte som ikke er eksisterende som ny støtte.

I tillegg vil *endringer i eksisterende støtteordninger* anses som ny støtte, uavhengig av grunnlaget for at ordningen opprinnelig var å anse som eksisterende støtte. Også dette har kommet til uttrykk i art. 1(c).

Prosedyreforordningen art. 1(b) lister opp fem ulike kategorier av eksisterende støtte: Utgangspunktet er at all støtte som ble iverksatt forut for EØS-avtalens ikrafttredelse anses som eksisterende støtte, "dvs. støtteordninger og individuell støtte som var iverksatt før og som fortsatt gjelder etter EØS-avtalens ikrafttredelse", jf. art. 1(b) nr. i. For Norges vedkommende betyr dette at støtteordninger som var i kraft før 1. januar 1994 anses som eksisterende støtte og vil kunne opprettholdes inntil EFTAs overvåkningsorgan fatter vedtak om støttens eventuelle uforenlighet med EØS-avtalen uten at det kan pålegges reversering.

For det andre vil støtteordninger og individuell støtte som er *godkjent* av EFTAs overvåkningsorgan anses som eksisterende støtte, jf. prosedyren i forordningen art. 4 nr.

3 (godkjennelse av eksisterende støtteordninger), og art. 7 nr. 3 og 4 (godkjennelse av nye støtteordninger). Som eksisterende støtte regnes også støtte som er godkjent av EFTA-statene etter bestemmelsen i ODA prot. 3 art. 1 nr. 2 tredje ledd.

For det tredje kan støtte som er behørig meldt til EFTAs overvåkningsorgan, anses som eksisterende ved overvåkningsorganets passivitet. Dette følger av art. 1 (b) nr. iii, som viser videre til art. 4 nr. 6.

For det fjerde vil støtte som oppfyller foreldelsesfristen i art. 15 anses som eksisterende støtte, jf. art. 1(b) nr. iv. For sikkerhets skyld er dette gjentatt i art. 15 nr. 3, der det heter at "Enhver støtte der foreldelsesfristen er utløpt skal anses som eksisterende støtte".

Det femte alternativet omhandler støtteordninger som kommer innenfor statsstøttebegrepet i art. 61 som følge av utviklingen i markedet. Etter hvert som det indre marked realiseres og handelshindringer bygges ned, er det for eksempel på det rene at økte muligheter for samhandel kan lede til at kriteriet om påvirkning av samhandelen mellom avtalepartene blir oppfylt. Regelen er da at ordninger som opprinnelig ikke falt innenfor art. 61 likevel skal anses som eksisterende støtte.

Mest praktisk vil slike situasjoner oppstå der markeder utsettes for liberalisering. På dette punkt inneholder annet punktum i art. 1(b) nr. 5 imidlertid et unntak. Her heter det at "Tiltak som blir til støtte som følge av at en virksomhet liberaliseres av EØS-retten, anses ikke som eksisterende støtte etter datoen som er satt for liberaliseringen".

Et illustrerende eksempel på denne problemstillingen var oppe i *Alzetta Mauro*.¹⁰⁹ En region i Italia hadde her ytet støtte til lokale transportbedrifter. På det tidspunkt da støtten var innført, var dette markedet ikke liberalisert, noe det først (delvis) ble ved Rfo. 4059/89.¹¹⁰ På denne bakgrunn fant Retten at støtten måtte anses for å være eksisterende støtte, og at beslutninger om dens lovlighet kun kunne ha virkning for fremtiden.¹¹¹ I *Friuli Venezia* er forholdet til prosedyreforordningen, som ikke fikk anvendelse på saksforholdet, nærmere kommentert. Det er på det rene at støtte ytet etter liberaliseringen i denne saken etter forordningen ville kvalifisert som ny støtte. I den

¹⁰⁹ Forenede saker T-298, 312, 313, 315, 600-607/97, T-1, 3-6 og 23/98 *Mauro Alzetta m.fl. v Kommisjonen*, Saml. 2000 s. II-2319, Domstolens avgjørelse i saken under C-298/00 P *Italia v Kommisjonen*, Saml. 2004 s. I-____ (*Mauro Alzetta*). Jf. også dommen i Italias ugyldighetssøksmål mot Kommisjonens vedtak i samme saksforhold under sak C-372/97 *Italia v Kommisjonen*, Saml. 2004 s. I-____.

¹¹⁰ Dette gjelder vegkabotasjeområdet. Se nærmere faktabeskrivelsen i forenede saker T-298, 312, 313, 315, 600-607/97, T-1, 3-6 og 23/98 *Mauro Alzetta m.fl. v Kommisjonen*, Saml. 2000 s. II-2319, prem. 6. Det internasjonale veitransportmarkedet var liberalisert allerede i 1969.

¹¹¹ Forenede saker T-298, 312, 313, 315, 600-607/97, T-1, 3-6 og 23/98 *Mauro Alzetta m.fl. v Kommisjonen*, Saml. 2000 s. II-2319, prem. 146-147.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

nevnte saken argumenterte Kommisjonen forgjeves for at den samme løsningen måtte følge av Traktatens alminnelige prinsipper idet medlemsstaten måtte forutse at ordningen ville bli støtte som følge av liberaliseringen.¹¹²

Der liberaliseringen skjer på initiativ fra en EFTA-stat (i motsetning til gjennom EØS-lovgivning), får regelen ikke anvendelse. I slike tilfeller vil støtten således kunne opprettholdes som eksisterende støtte. Unntaket vil imidlertid neppe komme til anvendelse på fergedriften på riksvegnettet, jf. at dette er liberalisert gjennom Rfo 3577/99.

På denne bakgrunn kan det fastholdes at støtteordninger som skriver seg fra tiden forut for EØS-avtalens ikrafttredelse ikke vil kunne utsettes for krav om tilbakeføring. Det er også på det rene at slike støtteordninger lovlig vil kunne opprettholdes inntil EFTAs overvåkningsorgan eventuelt velger å gripe inn.

Der det har skjedd utbetalinger under eksisterende støtteordninger vil det ikke være risiko for at disse kan måtte tilbakeføres. Forutsetningen var at utbetalingen da den skjedde var lovlig. Det faktum at en bransje forut for en liberalisering av markedet har oppebåret støtteordninger, betyr således ikke at disse kan kreves tilbakeført selv om markedet senere liberaliseres. Dette endres ikke av at den historiske støtten benyttes på markedet, typisk i form av nedskrevne ferger. Så lenge støtten ble lovlig gitt, kan den uansett ikke kreves tilbakeført.

16.3 Vurdering

Fergerederiene har historisk mottatt støtte til drift av ferger. Denne støtten har også vært brukt til å finansiere fergemateriell. All slik støtte utbetalt forut for 1. januar 1994 vil være uproblematisk. Det samme gjelder finansiering av ferger som er innledet forut for samme dato.

For støtte til ferger som er påbegynt etter 1. januar 1994, vil spørsmålet om tilbakebetaling/lovlighet bero på flere forhold:

For det første må det vurderes om vilkårene i EØS art 61 er oppfylt. Forut for vedtagelsen av kabotasjeforordningen kan det argumenteres med at konkurransevriddningskriteriet uansett ikke var oppfylt, og at tilskudd først kan anses som statsstøtte etter at liberaliseringen var gjennomført. Vi går imidlertid ikke nærmere inn på dette, idet vi mener at støtten er lovlig som eksisterende støtteordning. Dette drøftes i det følgende.

¹¹² Sak T-288/97 *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v Kommisjonen*, Saml. 2001 s. II-1169, prem. 86.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

Utgangspunktet er at støtteutbetalingen vil være lovlig hvis den anses som utbetaling under en *eksisterende støtteordning*. Motstykket er at støtteutbetalingen anses som enkeltstående utbetaling av støtte. Støtten vil da bare være lovlig hvis den er notifisert til EFTAs overvåkningsorgan og innvilget dispensasjon.

Det er følgelig nødvendig å vurdere om støtten til ferger på riksvegfergenettet kan anses som en eksisterende støtteordning. Dette har to sider: Om det foreligger en *støtteordning* (i motsetning til en rekke enkeltutbetalinger av støtte), og i tilfelle om støtteordningen kan anses som en *eksisterende* ordning, dvs. en ordning som skriver seg fra tiden forut for EØS-avtalens ikrafttredelse.

Pr. i dag er støtteordningens utforming nedfelt i Hovedavtalen om drift av riksvegsamband. Dette er en standardavtale om drift av riksvegferger som inngås mellom Staten og det enkelte rederi. Formelt er støtten forankret i Statens Vegvesens budsjett, post 72. For øvrig finnes det ikke noe lov- eller forskriftsgrunnlag for støtteordningen, som dermed i realiteten er avhengig av Stortingets årlige bevilgningsvedtak. Den enkelte ferge finansieres etter særskilt søknad.

I Prosedyreforordningen art 1 er støtteordninger definert som:

"enhver rettsakt som uten at det kreves ytterligere gjennomføringstiltak danner grunnlaget for tildeling av individuell støtte til foretak bestemt på en generell og abstrakt måte, og enhver rettsakt som kan danne grunnlaget for tildeling av støtte til ett eller flere foretak på ubestemt tid og/eller for et ubestemt beløp, uten at støtten er knyttet til et bestemt prosjekt."

Systemet for tildeling av støtte til ferger må anses som en støtteordning etter denne definisjonen. Det kreves ikke at støtteordningen er hjemlet i lov eller forskrift; det sentrale er at det er etablert et abstrakt rammeverk for tildeling av individuell støtte innenfor bestemte kriterier. At støtteordningens kontinuitet er avhengig av årlige budsjettvedtak fra Stortinget vil vanskelig sperre for at tiltaket karakteriseres som en støtteordning. Dette er et spørsmål om kontinuitet, dvs. et spørsmål om kravet til "eksisterende" er oppfylt.

Det avgjørende er etter dette om støtteordningen kan anses som *eksisterende* støtte. Det er på det rene at selve systemet med støtte til riksvegferger skriver seg fra tiden forut for EØS-avtalens ikrafttredelse.¹¹³ Dette betyr som utgangspunkt at

¹¹³ Se nærmere om historien i Innstilling fra Utvalget nedsatt for å vurdere standardkontrakten for ferjedrift i riksvegsamband, Oslo juni 1982. Jf. videre St. meld. nr 42 (1986-87), pkt. 4.5.

støtteordningen anses som lovlig eksisterende støtte, som det evt. bare kan gripes inn mot med virkning *fremover*.

Det må likevel vurderes om det i tiden etter EØS-avtalens ikrafttredelse *er foretatt endringer* i støtteordningen, evt. i dens hjemmelsgrunnlag, som kan endre karakteren til ny støtte.¹¹⁴

At en støtteordning er avhengig av årlige budsjettvedtak, vil ikke frata ordningen dens karakter av eksisterende støtteordning. I sin beslutning om å innlede formell prosedyre mot industriens fritak for elektrisitetsavgift, forutsatte EFTAs overvåkningsorgan eksempelvis at et avgiftsfritak, som var avhengig av Stortingets årlige skate- og avgiftsvedtak, i alle fall måtte anses som eksisterende støtte frem til Norges aksept av hensiktsmessige tiltak i saken.¹¹⁵

Spørsmålet er imidlertid om det faktum at ordningen er nedfelt i Hovedavtalen, og at denne avtalen ble underskrevet i 1994, fører til at støtteordningen anses som etablert etter EØS-avtalens ikrafttredelse. Hovedavtalen representerer enigheten mellom Staten og rederiene om vilkårene for riksvegfergedriften. Det er imidlertid ikke Hovedavtalen som er det rettslige grunnlaget for støtteordningen. Det faktum at det ble oppnådd enighet om bla. de nærmere regler for avskrivning bør således ikke ha betydning for klassifiseringen av ordningen som ny eller eksisterende.

På denne bakgrunn må ordningen med støtte til riksvegferger over Post 72 anses som en eksisterende støtteordning.

17. Oppsummering

Den statsstøtterettslige vurdering kan punktvis oppsummeres på følgende måte:

- En kompensasjonsordning for fergetjenester på riksveisambandet som tilfredsstillende de kriterier EF-domstolen oppstilte i sak C-280/00 *Altmark* vil ikke rammes av forbudet mot statsstøtte i artikkel 61(1).
- Dersom kontrakten har blitt tildelt etter en anbudsprosedyre som er i overensstemmelse med EØS-avtalens anbudsregler, vil kompensasjon for å utføre fergetjenester på riksveisambandet ikke være eksponert i forhold til artikkel 61(1).

¹¹⁴ Se om dette Erling Hjelmeng: Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte, Bergen 2004, s. 26 ff.

¹¹⁵ EFTAs overvåkningsorgans beslutning 149/02/COL om å innlede formell prosedyre, EUT 2003 L 31 s. 36. Avgiftsfritaket var også forankret i lov om særavgifter, uten at dette kan ha noen betydning for konklusjonen.

Konkurransetsetting av riksvegfergedriften

- Gis et fergerederi en kompensasjon som overstiger kostnadene forbundet med å tilby fergetjenester på en strekning på riksveisambandet vil dette være å betrakte som statsstøtte som rammes av forbudet i artikkel 61(1).
- Dersom det gis kompensasjon for utførelse av fergetjenester på riksveisambandet som er i strid med artikkel 61(1), vil unntakene i artikkel 61(2) ikke komme til anvendelse. Dispensasjon etter artikkel 61(3) vil heller ikke kunne påregnes.
- EØS-avtalens artikkel 59(2) vil ikke hjemle kompensasjon for å utføre fergetjenester som dekker mer enn de påløpte kostnader og en rimelig fortjeneste.
- Etter vår oppfatning må ordningen med støtte til ferger anses som en eksisterende støtteordning. Det er følgelig ingen risiko for krav om tilbakeføring av historisk utbetalt støtte. Det er heller ingen hindringer for at nedskrevne ferger kan benyttes i et konkurranseutsatt marked.

Oslo, 3. juli 2005

Olav Kolstad
Professor, dr. juris

Erling Hjelmeng
Førsteamanuensis, dr. juris