

Ansvarlig advokat: Per Andreas Bjørgan

Notat

Til: Landsorganisasjonen i Norge v/ Stein Reegård

Fra: Advokat (h) Per Andreas Bjørgan

Dato: 29. november 2017

Sak: 2227

STATSSTØTTERETTLIGE PRINSIPPER AV BETYDNING FOR SAKEN OM DET KOMMUNALE SKATTEFRITAKET OG KONKURSFORBUDET

1.1 Innledning

For å nærmere kunne vurdere hvorvidt skattefritaket og det såkalte konkurfsforbudet utgjør uforenlig statsstøtte etter EØS-avtalen, må karakteren og omfanget av kommunal næringsvirksomhet i egen regi eller kommunale foretak klarlegges nærmere. Dette fordi karakteren og omfanget av slik næringsvirksomhet er avgjørende for om statsstøttereguleringen overhodet kommer til anvendelse.¹

Karakteren og omfanget av aktivitetene er også av sentral betydning for å vurdere om eventuell støtte uansett fortsatt skal anses som forenlig statsstøtte. I så fall er det ingen grunn til å endre ordningen.

Saken er spesiell, den utfordrer EØS-avtalens artikkel 125 og prinsippet om at avtalen ikke griper inn i eiendomsrettslige ordninger, herunder statens suverene rett til å bestemme om tjenesteytelse skal være basert på offentlige ytelse, eller om sektorer skal åpnes for konkurranse fra private aktører. Etter vår oppfatning har saken ringvirkninger også forbi dette prinsippet, saken griper direkte inn i organiseringen av forvaltningen.

EØS-avtalens primære formål er å sikre et velfungerende EØS-marked. Statsstøtterettslige prinsipper har allikevel vist seg å få betydning langt ut over tradisjonelle, markedsmessige problemstillinger. En viktig forklaring for dette er de vide formuleringene om «økonomisk aktivitet» og «fordel» som kan utledes av rettspraksis. Det er ikke formålet eller måten det offentlige driver en tjeneste på som skal være avgjørende, det er karakteren av tjenesten i seg selv, om denne har en økonomisk karakter, altså at den *i prinsippet* kan leveres i et marked mot vederlag.

¹ Advokatfirmaet Lund & CO DA er engasjert av LO for å utrede statsstøtterettslige spørsmål knyttet til den pågående prosessen om kommunens skattefritak og konkurfsforbudet.

Problemet er selvfølgelig at det kan sies om nærmest enhver aktivitet, kanskje med unntak av noen offentlige oppgaver som forutsetter bruk av tvang, militær makt etc. Det kan derfor konstrueres teoretiske, statsstøtterettslige problemstillinger nærmest i enhver sammenheng.

Regelverket skal imidlertid fortolkes og anvendes i en politisk og økonomisk virkelighet. Dette henvises ofte til som det nåværende EØS-rettslige stadiet. Trenden i senere år har klart gått i retning av forenkling og mer realistisk tilnærming i statsstøttekontrollen. EU-Kommisjonens «State aid modernisation reform» har på mange måter vært en stille revolusjon. Kommisjonen har utarbeidet nye retningslinjer, i stor grad basert på felles prinsipper og en mer effektbasert og realistisk tilnærming til statsstøtte. Et omfattende gruppeunntak har kommet på plass, med uttalt mål om å fjerne 90% av tidligere tiders notifikasjoner. Ny praksis for samhandelspåvirkning er etablert der terskelen ligger betydelig høyere. Støtte til aktiviteter som utøves i lokale markeder faller nå i stor grad utenfor statsstøtteregele.

ESAs eksisterende støttesak om skattefritaket ble innledet på et tidspunkt der denne utviklingen bare var i en tidlig startfase. Det forhold at ESA senere har utvidet saken til det såkalte konkursforbudet er derimot vanskelig å forstå - ressursene skal ikke brukes på mindre saker med hovedsakelig lokal karakter. I praksis fra Kommisjonen og EU-domstolen finnes det knapt spor av noe krav om at kommersiell virksomhet skal drives i egne selskaper, og med et begrenset unntak for Finland har ingen europeiske land noe slikt krav i sin lovgivning.

ESAs grunnlag for forslaget til omfattende reformer i norsk forvaltning fremkommer i brev til norske myndigheter av 15. desember 2015 der ESA nevner følgende saker:

- o Decisions No 113/14/COL and No 192114/COL Public dental health care services
- o Decisions No 267113/COL and No 55/14/COL Safety training courses by county schools
- o Decisions No 129/13/COL and No 64/15/COL Analysis Centre Trondheim
- o Decisions No 91/13/COL and No 174/13/COL Municipal waste collectors
- o Decisions No 90/13/COL and No 175/13/COL Fitness Centre at Kippermoen
- o Decisions No 460/13/COL and No 36/15/COL Public hospital pharmacies
- o Complaint regarding the supply of meals by the Haukeland University Hospital's kitchen to the market

De aktuelle sakene er innenfor områdene helse- og omsorg, utdanning, avfallshåndtering og sport/trening. Det dreier seg altså om 7-8 saker over en periode på ca. 20 år. Dette er selvfølgelig i seg selv et tynt grunnlag for å foreslå en generell revisjon som griper inn i statens suverene rett til å organisere offentlige tjenester, jfr. artikkel 59 og 125.

Hertil kommer at statsstøtteren har gjennomgått en betydelig utvikling i årene etter at ESA åpnet denne saken. Denne utviklingen innebærer etter vårt syn at et flertall av de 7 ovennevnte sakene, etter nyere praksis og retningslinjer overhodet ikke ville blitt tatt opp til vurdering i dag på grunn av manglende samhandelspåvirkning.

Det forhold at ESA allikevel fortsetter, endog utvider saken, tyder etter vår oppfatning på at ESA har et uriktig inntrykk av sakens betydning, ESA synes å anta at norske kommuner i stor skala driver økonomisk grenseoverskridende aktivitet, og at støtte til slik aktivitet heller ikke kan anses som forenelig statsstøtte.

Etter vårt syn er det derfor av sentral betydning at utvalget klargjør faktum, spesielt hva slags økonomisk aktivitet kommunene driver i egenregi (inkludert i KF) og omfanget av slike aktiviteter. Bare da kan ESA og norske myndigheter gjøre en realistisk vurdering av behovet for eventuelle reformer. Vi vil anta at når faktum er bedre klarlagt, vil ESA se at det er sviktende grunnlag for å fortsette denne omfattende saken. I alle fall vil eventuelle formålstjenlige tiltakene kunne være mer treffsikre, og forhåpentligvis vil kommunene ikke påføres å måtte gjøre en rekke unødvendige vurderinger og omorganiseringer.

De eksemplene som i tillegg til de 7 sakene ESA har vist til, ofte trekkes frem som kommunal næringsvirksomhet er aktiviteter som kommunale idrettsanlegg, særlig svømmehaller, drift/organisering av kommunal parkering, museer, kulturarrangementer m.m. De senere års utvikling i statsstøtteren taler imidlertid med styrke for at offentlig finansiering av slike aktiviteter, inkludert eventuelle skattefritak helt og holdent faller utenfor statsstøttereglene.

I det følgende gir vi en oversikt over utviklingen i statsstøtteren i senere år.²

1.2 Senere års utvikling i statsstøtteren

Det må i dag anses avklart at finansieringen av tunge sektorer som helse og sosial, barnehager og utdanning samt de aller fleste kulturaktiviteter faller helt utenfor statsstøttereglene. I den grad det tidligere kunne være tvil om slike aktiviteter innebar økonomisk aktivitet, så er dette i dag avklart gjennom Notion of aid retningslinjene.³ Det samme gjelder alle aktiviteter som faller inn under kategorien myndighetsutøvelse. Det er for disse store og praktisk viktige sektorene derfor ingen grunn til noen nærmere vurdering av skattefritak eller funksjonelt skille.

Uttalelsene om grunnleggende, ulønnsomme kulturaktiviteter i Notion of aid var klargjørende. På dette området hersket det tidligere stor usikkerhet om anvendelse av statsstøttereglene. Etter de generelle prinsippene om hva som utgjør økonomisk aktivitet nevnt innledningsvis, kunne man bli forledet til å anta at kulturaktiviteter uten videre er økonomisk aktivitet slik at kommuner med kulturhus som arrangerer konserter eller visninger med billettsalg var å anse som foretak.

Notion of aid retningslinjenes pkt. 2.6 klargjorde dette i den forstand at alle kulturaktiviteter som tilbys som ledd i et offentlig tilbud og som er overveiende offentlig finansiert, er ikke-økonomiske tjenester, også om tjenestene tilbys et betalende publikum:

.. the fact that visitors of a cultural institution or participants in a cultural or heritage conservation activity, including nature conservation, open to the general public are required to pay a monetary contribution that only covers a fraction of the true costs does not alter the noneconomic nature of that activity, as it cannot be considered genuine remuneration for the service provided.

² Saken om kommunal avfallshåndtering ville nok også etter dagens praksis blitt ansett å ha potensiell samhandlingspåvirkning, men her innførte Norge skatteplikt allerede i 2014. Også saken om Analysesenteret i Trondheim vil vi anta at kan oppfylle samhandlingskriteriet etter nyere praksis. De øvrige sakene ville imidlertid i dag måtte anses å falle utenfor statsstøttereglene på grunn av manglende samhandlingspåvirkning og/eller fordi økonomisk aktivitetene ville bli ansett som «ancillary», se pkt. 1.3 under.

³ Vedtatt som «guidelines» av ESA 18. januar 2017

Dermed faller også tunge offentlige investeringer som opera og konserthus utenfor statsstøtteregele. Resonnementet er identisk med det EU-domstolen har lagt til grunn i saker om private skoler/utdanningsinstitusjoner. Dersom skolen inngår i det offentlige utdannelsesstilbudet er aktiviteten ikke-økonomisk, også om elevene/studentene betaler skolepenger. Annerledes kan det være for skoler/universiteter der elevene betaler den overveiende delen av utgiftene.⁴ Offentlig finansierte helse- og sosialtjenester er ikke-økonomisk aktivitet, det forhold at brukerne skulle betale egenandel eller at lignende tjenester er liberalisert i andre land har ingen betydning.

På dette grunnlag er det med overraskelse vi registrerer at eksemplet med kommunale svømmehaller fremdeles jevnlig kommer opp som mulig eksempel på kommunal økonomisk aktivitet.⁵ Det er etter vårt syn klart at den aktiviteten som består i å bygge og drive kommunale svømmehaller er ikke-økonomisk aktivitet, uavhengig av om det selges billetter til et betalende publikum i tillegg til skolebarn osv. Grunnleggende ulønnsomme aktiviteter som det offentlige tilbyr borgerne som en del av et offentlig velferdstilbud, er klart ikke-økonomisk aktivitet. Dette prinsippet er klart forankret i både rettspraksis og retningslinjer.⁶

Bygging og drift av kommunale svømmehaller krever betydelig offentlige midler. Vi er ikke kjent med noen slike anlegg som hovedsakelig er finansiert gjennom billettinntekter. At det skulle være et marked for slike anlegg i den forstand at billettinntekter skulle kunne dekke bygge- og etableringskostnader og alle løpende driftsutgifter er urealistisk. Det forhold at hoteller og private treningssentre kunne komme til å bygge mindre svømmebassenger er derfor irrelevant i denne sammenhengen. Det synes å være en utbredt misforståelse om at begrenset, privat økonomisk aktivitet som til dels kan anses sammenlignbar med et offentlig velferdstilbud, skal kunne endre karakteren av den offentlige tjenesten som forfølger et offentlig velferdsformål og hverken er bygget for eller drevet med profittmaksimering for øyet. Kommunale svømmehaller er en offentlig velferdstjeneste som skal sikre at alle får tilgang til nødvendig svømmeopplæring og rekreasjon. Kommunale/offentlig svømmehaller og bad finnes i hopetall over hele Europa, typisk med rimelige inngangspenger for innbyggerne. Vi er allikevel bare kjent med tre statsstøttesaker, det gjelder Dorsten saken fra Tyskland der EU-Kommisjonen (etter tidligere og strengere praksis) allikevel fant at det uansett ikke var samhandelspåvirkning, en annen sak om spa/gym/bad etter gruppeunntaket⁷ samt den åpenbart uriktige Luster saken fra Oslo tingrett.

1.2.1 Ny praksis knyttet til samhandelskriteriet

Det har de senere år også skjedd en klar og bevisst endring i praksis knyttet til vilkåret om at støtten kan påvirke samhandelen. Mens det tidligere ble lagt til grunn at nærmest enhver støtte kunne påvirke samhandelen, har EU-Kommisjonen de senere år foretatt en klar og helt bevisst kursendring. I april 2015 og september 2016 lukket Kommisjonen henholdsvis 7 og 5 saker med begrunnelsen at det ikke kunne påvises samhandelspåvirkning. I forbindelse med de siste lukkingene uttalte Kommisjonær Vestager således at

⁴ Det samme prinsippet ble lagt til grunn av EFTA-domstolen i saken om barnehagefinansieringen.

⁵ Også lagt til grunn av Oslo tingrett i en sak om Luster svømmehallen. Dommen er etter vår oppfatning åpenbart uriktig. Selv i Kippermoen saken om det kommunale idrettsanlegget ble svømmehallen uttrykkelig holdt utenfor av ESA.

⁶ Notion of aid viser til kulturaktiviteter som et eksempel, men dette betyr ikke at det gjelder særlige, rettslige prinsipper akkurat for kulturaktiviteter.

⁷ Se http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/247490/247490_1580456_110_2.pdf

“In many cases Member States can stimulate investment without asking the Commission. These decisions confirm that many local public support measures do not constitute state aid. This reflects the Juncker Commission's approach to be 'big on big things and small on small things.’”

Sakene gjaldt forskjellige aktiviteter så som idrettsanlegg (golfbaner, gym, svømmehall), yrkesrettede kurs, helsetjenester, drift av havner m.m. Samme linje er fulgt i praksis fra 2017, blant annet i saker knyttet til støtte til danske treningssentre og en kommunal marina i Slovenia.

I førstnevnte sak avviste Kommisjonen at det forelå samhandelspåvirkning ettersom det ble ansett som usannsynlig at borgere fra andre EU-land ville reise til Danmark for å benytte treningssentrene der. Støtten kunne heller ikke anses å påvirke investeringer i fitnessentre til tross for at støtteordningen omfattet en rekke treningssentre over hele Danmark. I Slovenia, der en kommersiell marina hadde klaget støtte til en nærliggende kommunal havn inn for Kommisjonen, fant Kommisjonen at det ikke forelå samhandelspåvirkning. Dette ble begrunnet med at antallet åpent tilgjengelig båtplasser i den kommunale marinen uansett var begrenset, og at disse holdt en lavere standard enn tilbudet i den kommersielle marinaen. Det ble heller ikke reklamert for de kommunale plassene på internasjonale nettsider e.l. Støtten hadde dermed ikke samhandelspåvirkning.

EU-Kommisjonen har altså de siste to årene etablert en ny praksis, der terskelen for når samhandelskriteriet skal anses oppfylt er betydelig hevet. Praksisen er også beskrevet i Notion of aid retningslinjene. Dette innebærer at de fleste støttetiltak til aktiviteter med et begrenset, lokalt publikum, faller helt utenfor statsstøttereglene. Begrunnelsen for dette er altså et ønske om å bruke ressursene på de større sakene, og ikke mindre saker som uansett har mindre betydning for samhandelen. Den nærmere avgrensningen, hvor stor del av omsetningen som må skje i lokale markeder osv. vil selvfølgelig fremdeles by på vanskelige avveininger i konkrete saker. Men at effekten av praksisendringen er betydelig, ikke minst for det mindre norske kommuner måtte drive med av næringsaktivitet i egenregi, kan ikke være tvilsomt.

Noen vil kanskje hevde at det ikke skal legges vekt på praksis eller retningslinjer fra Kommisjonen og/eller ESA, ettersom EU- eller EFTA-domstolen så langt ikke har hatt anledning til «godkjenne» vurderingene. Et slikt resonnement er uholdbart i denne saken. En eksisterende støtteprosedyre er en samarbeidsprosedyre med ESA som går ut på i fellesskap å enes om eventuelle justeringer i den eksisterende støtteordningen. ESAs og EU-Kommisjonens praksis og retningslinjer er selvsagt styrende for ESAs evaluering, og for hvilke forslag til formålstjenlige tiltak ESA vil sette frem. Følgelig må samme praksis og retningslinjer legges til grunn av utvalget som skal gi regjeringen et godt faglig grunnlag for å komme til enighet med ESA. Vi kan ikke se noen grunn til at utvalget skal anbefale endringer som ikke har klar forankring i statsstøttepraksis på nåværende utviklingstrinn i EØS. ESA vil uansett føre en kontinuerlig kontroll med eksisterende støtteordninger, særlig gjennom jevnlig revisjon av retningslinjer som ofte kombineres med forslag om formålstjenlige tiltak/endringer i eksisterende støtteordninger. Dersom EU-domstolen senere, på en klar og utvetydig måte skulle legge til grunn at EU-Kommisjonen i Notion of aid eller i nyere praksis har tolket EU/EØS-retten uriktig, så vil både

Kommisjonen og ESA ta opp dette ved senere evalueringer av retningslinjer og eksisterende støtteordninger.⁸

1.3 Prinsippet om inntil 20% «ancillary activity»

En annen viktig avklaring i Notion of aid, som ytterligere reduserer anvendelsesområdet for statsstøttereglene, gjelder økonomisk aktivitet knyttet til offentlig infrastruktur.

Også etter EU-kommisjonens tidligere praksis kunne det i vurderingen av økonomisk aktivitet sees bort fra aktivitet som anses som «ancillary.» Dette var for eksempel utfallet av en sak fra 2005 om arbeidsmarkedstiltak for utviklingshemmede i Polen, der produkter som ble produsert og solgt som del av den beskyttede virksomhetens aktiviteter ikke medførte at institusjonen ble ansett å drive økonomisk aktivitet.

Det var lenge uklart hva som nærmere ligger i begrepet «ancillary», og hvor grensen skulle gå før aktiviteten allikevel ble ansett som økonomisk. I 2014 gav Kommisjonen en nærmere avklaring av denne grensen hva angår forskning, utvikling og innovasjon, jfr. avsnitt 20 i retningslinjene der det ble lagt til grunn at:

“Where the research organisation or research infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, its funding may fall outside state aid rules in its entirety, provided that the economic use remains purely ancillary, that is to say corresponds to an activity which is directly related to and necessary for the operation of the research organisation or research infrastructure or intrinsically linked to its main non-economic use, and which is limited in scope. For the purposes of this framework, the Commission will consider this to be the case where the economic activities consume exactly the same inputs (such as material, equipment, labour and fixed capital) as the non-economic activities and the capacity allocated each year to such economic activities does not exceed 20 % of the relevant entity's overall annual capacity.”

For aktiviteter innen forskning, utvikling og innovasjon anses dermed aktiviteten i sin helhet som ikke-økonomisk så lenge den økonomiske aktiviteten ikke overgår 20 prosent av institusjonens totale kapasitet. Det opprinnelige forslaget var på 15 prosent, men ble etter innspill fra medlemslandene øket til 20 prosent.⁹ Prinsippet ble gjentatt med tilnærmet samme ordlyd i fortalet til forordningen om gruppeunntaket, vedtatt av kommisjonen 14. juni 2014.

I kapittel 7.2 i Notion of aid fra 2016 er det samme prinsippet gitt generell anvendelse, jfr. avsnitt 207:

If, in cases of mixed use, the infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, the Commission considers that its funding may fall outside the State aid rules in its entirety, provided the economic use remains purely ancillary, that is to say an activity which is directly related to and necessary for the operation of the infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use. This should be considered to be the case when the economic activities consume the same inputs as the primary non-economic activities, for example

⁸ Det hører for øvrig med til sjeldenhetene at EU-domstolen på en slik klar og utvetydig måte underkjenner retningslinjer eller kommisjonspraksis. Som regel er dommene utpreget kasuistiske/konkrete, og eventuell betydning for andre saker kan først konstateres over tid når det foreligger flere saker.

⁹ Se for eksempel http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_state_aid_rdi/slovenia_en.pdf

material, equipment, labour or fixed capital. Ancillary economic activities must remain limited in scope, as regards the capacity of the infrastructure. (305) Examples of such ancillary economic activities may include a research organisation occasionally renting out its equipment and laboratories to industrial partners.

Note 305 klargjør at:

In this respect, the economic use of the infrastructure may be considered ancillary when the capacity allocated each year to such activity does not exceed 20 per cent of the infrastructure's overall annual capacity.

Dette prinsippet er også gjentatt i de såkalte «analytical grids» som Kommisjonen gav ut i etterkant av utgivelsen av Notice of aid. Eksempelvis har grid'ene for henholdsvis «sports and multifunctional infrastructure» og «culture, heritage and nature conservation» likelydende formuleringer der det heter at:

“Ancillary economic activities must remain limited in scope, as regards the capacity of the infrastructure. In this respect, the economic use of the infrastructure may be considered ancillary when the capacity allocated each year to such activity does not exceed 20% of the infrastructure's overall capacity.”¹⁰

Begrunnelsen for det generelle 20-prosent unntaket er først og fremst at en slik begrenset økonomisk aktivitet knyttet til en offentlig infrastruktur ikke vil anses å påvirke samhandelen. Videre er det grunn til å se prinsippet i sammenheng med EU-Kommisjonen målsetting om klarhet og forenkling. Regelverket skal anvendes med sikte på et velfungerende EØS marked. Reglene skal ikke være en unødvendig byrde for offentlig tjenesteytelse. 20% grensen synes også å være fornuftig begrunnet, offentlig infrastruktur er normalt bygget for og driftet for å løse offentlige oppgaver. Det vil sjeldent være tilfelle at det offentlige bygger vesentlig mer kapasitet enn nødvendig for å drive forretningsvirksomhet ved siden av.¹¹

Retningslinjene gir her altså grunnlag for at det offentlige kan selge en ikke ubetydelig overskuddskapasitet fra offentlig infrastruktur i markedet uten at statsstøttereglene får anvendelse. Følgelig er det i slike tilfeller da ikke nødvendig med skatteplikt, separate regnskaper eller funksjonelt skille.

Av samme grunn som nevnt over om ny praksis om samhandelspåvirkning er det irrelevant i forhold til ESA-saken at det foreløpig ikke er rettspraksis som uttrykkelig tar stilling til denne 20-prosent grensen. EU-domstolen hadde tilsynelatende anledning til å vurdere prinsippet i sak C-74/16 som omhandlet finansieringen av renovering av en katolsk utdanningsinstitusjon i Spania, blant annet med sikte på å arrangere større konferanser. Generaladvokaten mente som kjent at grensen burde være 10 prosent, mens domstolen ikke gikk nærmere inn i dette «tenk-på-et-tall» spørsmålet, men nøyde seg med en generell formulering om at:

¹⁰ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_culture_en.pdf

¹¹ Etter vårt syn ville for eksempel ESAs tidligere saker om videregående skolars kveldskurs, kantinetjenester på Haukeland og sannsynligvis også sykehusapotekene og offentlige tannlegetjenester i dag anses som ikke-økonomiske aktiviteter pga 20% unntaket.

“the prohibition in Article 107(1) TFEU can only apply to the tax exemption at issue in the main proceedings if (i) at least some of the educational activities carried on by the Congregación at ‘La Inmaculada’ school have to be classified as ‘economic activities’

Enkelte tar denne uttalelsen til inntekt for at domstolen med dette avviste Kommisjonens syn i Notion of aid om at grensen for «ancillary» aktivitet går ved 20 prosent, eller at det skal være et ancillary unntak overhodet. Dette beror imidlertid på en feilslutning. For å forklare dette er det verdt å sitere de relevante deler av Generaladvokatens vurdering i sin helhet:

55. *The Commission seems to proceed on the basis that economic activity up to 20% of the total educational provision offered by an establishment such as the Congregación is a purely ancillary activity and of entirely secondary significance. On that point, the Commission relies on its general block exemption regulation (45) and on the EU framework for State aid for research published by it. (46)*

56. *It is certainly true that the general block exemption regulation — a binding legal act within the meaning of Article 288(2) TFEU — must be given particular consideration when examining the facts of the present case. Yet on closer inspection there is no reference in the operative part of this regulation to any kind of threshold value of 20%. Only in the preamble to the regulation is any mention made of such a percentage as a rule of thumb and that is in a quite specific context, in connection with research infrastructure. (47) An essentially identical formulation is to be found, again related to research establishments or research infrastructure, in the EU framework for research aid, a Commission communication, which is not legally binding, in which the Commission announces its administrative practice and suggests certain measures for the Member States to adopt. (48)*

57. *Under these circumstances, it does not appear to me that we are bound to apply the comparatively high threshold value of 20% mentioned by the Commission specifically for research infrastructure as a general rule for determining whether an activity is of an economic or non-economic nature*

Generaladvokatens utgangspunkt, som beskrevet i avsnitt 55, er altså at Kommisjonen har anført at gruppeunntaksforordningen og rammeverket for forskning fastslår at dersom den økonomiske aktiviteten utgjør mindre enn 20 prosent vil virksomheten fortsatt være ikke-økonomisk.

I avsnitt 56 vurderes anførselen. Generaladvokaten påpeker at 20-prosentgrensen er nevnt i fortalen til gruppeunntaksforordningen, og at omtalen der kun begrenser seg til «research infrastructure.» Tilsvarende gjelder for omtalen i rammeverket for forskning, utvikling og innovasjon, som i tillegg er et ikke-bindende instrument.

På denne bakgrunn foreslår Generaladvokaten at domstolen ikke nødvendigvis skal anerkjenne en generell regle basert på unntaket for research infrastructure og at den istedenfor kan anvende en «grenseverdi» på 10 prosent.

Det første poenget er dermed at Generaladvokaten ikke avviste 20-prosentregelen. Det som det ble reist spørsmål om var at den regelen som Kommisjonen hadde oppstilt spesifikt for «research infrastructure» burde gis generell, analogisk anvendes også på andre områder, og om 10 prosent kunne være et mer passende unntak.

Forklaringen på hvorfor Generaladvokaten ikke isteden vurderte unntaket i Notion of aid, synes å være at dette ikke var påberopt, jf. avsnitt 55 i Generaladvokatens vurdering. Grunnen til dette finner man trolig ved å studere tidslinjen, forespørselen om en rådgivende uttalelse fra spanske domstolen ble sendt inn 26. januar 2016, og sak C-74/16 for EU-domstolen ble registrert 10. februar 2016. Notion of aid ble imidlertid ikke publisert før 19. mai 2016. Ettersom Notion of aid ikke ble påberopt, vurderte verken Generaladvokaten eller EU-domstolen unntaket for ancillary activity der.

Domstolen på sin side tok ikke stilling til Generaladvokatens forslag, men refererte til prinsippet om separate regnskaper for økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Den rettslige situasjonen er dermed at EU-domstolen ikke har forkastet prinsippet om 20% ancillary activity i Notion of aid. ESA på sin side har, gjennom sin senere vedtakelse av Notion of aid, også lagt til grunn at grensen går ved 20%.

At sak C-74/16 ikke kan anses å ha opphevet 20-prosentprinsippet er også i praksis bekreftet av Kommisjonen, som den 22. november 2017 lanserte nye og oppdaterte versjoner av sine «analytical grids».¹² Kommisjonen opprettholdt der den ovenfor siterte teksten uten endringer, og bekreftet således at aktivitet på under 20 prosent skal anses «ancillary». Det må derfor konkluderes med at heller ikke Kommisjonen mener at sak C-74/16 har betydning for denne vurderingen, og at aktivitet på under 20-prosent fortsatt skal anses «ancillary».

Prinsippet kan derfor uten videre legges til grunn i den eksisterende støttesaken der ESA er motpart. Skulle det senere vise seg at EU-domstolen vil modifisere EU-Kommisjonens og ESAs vurdering av «ancillary activities», så vil ESA som nevnt over senere ta stilling til om det da er grunnlag for å igangsette en ny evaluering av den eksisterende støtteordningen.

1.4 Gruppeunntaksforordningen

For de aktivitetene som likevel omfattes av statsstøttereglene, så må også Gruppeunntaket vurderes nærmere. Gruppeunntaket fremgår av en forordning, først vedtatt i 2014 og utvidet i 2017, og er en del av EØS-avtalen. Utvidelsen i 2017 gjelder støtte til havner og flyplasser. Forordningen innebærer at en rekke former for statsstøtte skal anses å være forhåndsgodkjent og ambisjonen er at fritaket over tid skal redusere antall notifikasjoner med 90 %. Med andre ord, en rekke støttetiltak vurderes nå som klart forenlige med statsstøttereglene slik at notifikasjon og nærmere vurdering ikke er nødvendig.

Forordningen regulerer støtte for «*sports infrastructure*», både investeringsstøtte og driftsstøtte. Forhåndsgodkjent investeringsstøtte for sportsanlegg utgjør 15 millioner euro, driftsstøtte er oppad begrenset til 2 millioner euro pr. år.¹³

Gruppeunntaket har også omfattende unntak for kultur, inkludert støtte til ulike former for kulturarrangementer. Dette vil imidlertid bare være aktuelt for (de få) kulturaktiviteter som utgjør økonomisk aktivitet i utgangspunktet. Som klarlagt i Notion of aid, faller mange kulturaktiviteter helt utenfor regelverket fordi det gjelder ikke-økonomisk aktivitet.

Andre relevante eksempler gjelder forhåndsgodkjent støtte til bredbånd og lokal infrastruktur:

¹² Commission State Aid Weekly e-News update - 23/11/2017

¹³ Det er bl.a. en forutsetning at støtten til den aktuelle sportsinfrastrukturen ikke benyttes utelukkende av én profesjonell aktør og at anleggene kommer en bredere krets til gode, samt at allmennheten får innsikt i hva eventuelle profesjonelle brukere betaler i leie. Slik transparens er et viktig element i nyere statsstøttepraksis.

Financing for the construction or upgrade of local infrastructures which concerns infrastructure that contribute at a local level to improving the business and consumer environment and modernising and developing the industrial base.

Grunnen til at vi trekker frem Gruppeunntaket her, er at forordningen forhåndsgodkjenner støtte til aktiviteter som ofte trekkes frem som mulig kommunal næringsvirksomhet, for eksempel havnedrift, idrettsanlegg, bredbånd og kulturhus/kulturaktiviteter. Etter forordningen kan det for slike formål gis betydelige beløp i driftsstøtte. Hvorvidt slik støtte gis gjennom tilskudd eller for eksempel i form av skattefritak, har ingen betydning så lenge støtten er transparent slik at støttebeløpet er innenfor forordningens grenser. Etter vårt syn er det derfor viktig at utvalget grundig belyser Gruppeunntakets betydning for evalueringen av skattefritaket.

1.5 Regnskapsmessig skille kontra utskilling av virksomhet i egne selskap

Som nevnt innledningsvis foreslår ESA i sitt brev av 15. desember 2015 at det skal pålegges at all, kommunal økonomisk aktivitet skal skje i egne utskilte selskaper som kan gå konkurs. På denne måten skal man, ifølge ESA, nøytralisere den implisitte garantien kommuner og kommunale foretak innehar gjennom det faktum at kommuner ikke kan gå konkurs.

Vi finner grunn til innledningsvis å minne om at utgangspunktet for statsstøttekontroll på området for offentlige tjenester er et annet enn utgangspunktet etter de alminnelige statsstøttereglene. Etter sistnevnte regler er statsstøtte forbudt med mindre støtten er dekket av et unntak. På området offentlig tjenester er utgangspunktet det offentliges rett til å sikre det offentlige tjenestetilbudet. Statsstøttereglene kommer bare til anvendelse dersom reglene ikke hindrer, rettslig eller faktisk, utførelsen av tjenestene, jfr. artikkel 59(2) EØS.¹⁴

Prinsippet innebærer at det selvsagt ikke er grunnlag for å kreve at offentlige enheter som leverer offentlige forvaltningstjenester skal kunne gå konkurs. ESA krever heller ikke dette, men forslaget går ut på at alle økonomiske aktiviteter skal utføres i egne, adskilte, offentlige eide aksjeselskaper som skal kunne gå konkurs. Noe slikt krav har imidlertid ikke grunnlag i statsstøttereglene.

Kravet som oppstilles etter dette regelverket kan for eksempel illustreres av gruppeunntakets artikkel 26 annet ledd:

«Where a research infrastructure pursues both economic and non-economic activities, the financing, costs and revenues of each type of activity shall be accounted for separately on the basis of consistently applied and objectively justifiable cost accounting principles.»

Dette er også på en rekke andre områder beskrevet som tilstrekkelig krav for å hindre at støtten til den ikke-økonomiske aktiviteten flyter over på den økonomiske aktiviteten.

Det at kommuner eller staten eller andre deler av sentrale eller regionale offentlige myndigheter ikke kan gå konkurs, er selvfølgelig ikke et særnorsk fenomen. Vi er ikke kjent med noe land i EØS som tillater at offentlige forvaltningsorganer kan gå konkurs. EU har selvfølgelig vært oppmerksom på problemstillingen ved utformingen av gruppeunntaksforordningen, transportreglene, SGEI pakken og en rekke andre retningslinjer, for eksempel allmennkringkasting. Et annet eksempel gjelder den

¹⁴ Bestemmelsen gjelder foretak som er ilagt oppdrag med å levere tjenester av allmenn økonomisk betydning. Samme prinsipp må klart gjelde for det offentliges egen tjenesteytelse.

ovennevnte dommen fra EU-domstolen om den katolske kirkes mulige næringsvirksomhet. Det ville overraske oss om den katolske kirke kan gå konkurs etter spansk rett. Vi vil også anta at Generaladvokaten og EU-domstolen har vært klar over dette, men ingen av disse foreslo tiltak utover regnskapsmessig skille for å løse det mulige støtterettslige problemet.

Kravet etter EU-regelverket er allikevel gjennomgående begrenset til innføring av separat regnskapsføring i en og samme juridiske enhet. Når dette prinsippet følges, er den offentlige finansieringen forenlig med traktaten/EØS-avtalen. Det ligger derfor implisitt i dette regelverket at det *ikke* er nødvendig med et slikt funksjonelt skille som ESA foreslår. Sagt på en annen måte, regelverket ville ellers ikke beskrive behovet for å innføre separate regnskaper – at det vil være separate regnskaper er selvsagt dersom aktivitetene måtte legges i forskjellige selskaper. ESAs forslag synes derfor lite gjennomtenkt.

Så vidt vi er kjent med finnes det heller ingen eksempler der Kommisjonen har reist sak med krav om at det opprettes separate selskaper for offentlig næringsvirksomhet. Enkelte ganger har imidlertid Kommisjonen nevnt utskilling som et mulig virkemiddel. Et eksempel på dette er referert i forarbeidene til den finske loven, som så vidt vi kjenner til er det eneste eksempelet på en europeisk lov med krav om utskilling av økonomisk virksomhet i egne selskaper. Av forarbeidene til den finske lovendringen fremgår at Kommisjonen i en preliminær undersøkelse fra 2010 anbefalte følgende tiltak:

- a) kommunala affärsverk, som fullgör en uppgift på en konkurrensutsatt marknad, bör inte längre beviljas obegränsad garanti och skatteförmåner, utan de ska verka på samma villkor som privata aktörer; detta kan uppnås genom att affärsverken ombildas till sedvanliga företag samt
- b) den privilegierade ställningen med såväl garantier enligt lag som skatteförmåner kan bibehållas endast i fråga om sådana enheter som utgör en del av kommunens interna funktioner och inte bedriver ekonomisk verksamhet

Kommisjonen uttalte altså at den ønskede endring «kan oppnås» gjennom omgjøring til alminnelige foretak, dette var ikke nødvendigvis noe absolutt krav. At finske myndigheter likevel valgte å gjennomføre en slik endring betyr derfor ikke at det virkelig forelå en plikt til utskilling. Det er i det hele tatt svært viktig å forstå at en eksisterende støtteprosedyre er en samarbeidsprosedyre mellom statene og Kommisjonen (eller ESA) der partene sammen forhandler seg frem til enighet om eventuelle formålstjenlige tiltak. Det sier seg selv at begge parter i en slik forhandling typisk vil fremsette forskjellige løsningsforslag før enighet eventuelt oppnås.¹⁵ Kommisjonens utspill/forslag i slike forhandlinger kan selvsagt ikke tas til inntekt for at støttereglene som sådan krever utskilling. I så fall

¹⁵ Hvorvidt forslag om endringer virkelig er påkrevet etter støttereglene, vil bare bli nærmere avklart dersom partene ikke blir enige. I så fall kan Kommisjonen velge å åpne en formell undersøkelsesprosedyre. Da må Kommisjonen i et offentlig vedtak nærmere begrunne sitt foreløpige syn for hvorfor den eksisterende ordningen skal anses å være uforenlig med støttereglene. Deretter vil andre EØS-stater og berørte tredjeparter ha anledning til å gi sitt syn på saken, før Kommisjonen etter grundig ny behandling treffer et endelig vedtak. Dersom Kommisjonen da fatter et negativt vedtak vil staten kunne bringe vedtaket inn for EU-domstolene (General Court med EU-domstolen som ankeinstans). Først ved utløpet av en slik rettslig prøving vil det foreligge en rettslig avklaring. At prøvelsen er kritisk og reell kan ikke være tvilsomt, det er ikke uvanlig at Kommisjonens vedtak i enkeltsaker underkjennes. Disse tidkrevende og omstendelige prosessene er utslag av EU/EØS-rettens rettsikkerhetsgarantier som selvsagt også gjelder for statene.

skulle man forvente at Kommisjonen systematisk hadde adressert denne problemstillingen for alle medlemsstater, enten i form av eksisterende støtteprosedyrer eller i alle fall sektorundersøkelser. I det minste skulle man forvente at Kommisjonen ved senere revisjon av retningslinjer i alle fall hadde nevnt problemstillingen og ikke fortsatt å bare beskrive separate regnskaper som middelet for å unngå kryssubsidiering.¹⁶

Konkursimmunitet som for norske og finske kommuner, er nok snarere regelen enn unntaket i Europa. Vi kjenner som nevnt ikke til at noen andre land i Europa har bestemmelser som gir pålegg om at offentlig virksomhet skal drives i egne selskaper. Flere land har imidlertid selv tatt grep for å begrense det offentliges adgang til å drive virksomhet i konkurranse med private. Et eksempel er Danmark, der regjeringen i september 2017 fremmet saken «Fair og like konkurrence.»¹⁷ Formålet med utspillet er ifølge publikasjonen angitt som følger:

«Regeringen vil med udspillet sikre fair og like konkurrence mellem offentlige og private aktører. Den offentlige sektor skal ikke bevæge sig ind på private markeder og udføre opgaver, der ligger langt udover det offentliges kerneområde.»

Vi vil sørge for klarere regler for offentlig erhvervsvirksomhed, så der ikke er tvivl om, hvor grænserne går.

Vi vil begrænse adgangen for offentlige aktører til at udøve erhvervsvirksomhed, når der ikke er særlige hensyn, der taler for at bevare adgangen.

Vi vil sikre, at i de tilfælde, hvor offentlige myndigheder undtagelsesvis skal kunne udføre erhvervsvirksomhed, vil det ske på lige vilkår mellem offentlige og private aktører, så offentlige aktører ikke stilles bedre end deres private konkurrenter.»

Dette er ment å håndtere følgende utfordringer, identifisert av det danske Konkurrencerådet:

«Tilstedeværelsen af offentlige aktører på kommercielle markeder kan begrænse konkurrencen ved fx at holde potentielle private aktører ude.»

De danske prissætningsregler, der skal sikre imod konkurrenceforvridning, lever ikke fuldt ud op til OECD's anbefalinger.

Komplekse regelsæt og kompetencer samlet hos forskellige myndigheder udfordrer en effektiv håndhævelse af offentlig erhvervsvirksomhed.»

Denne prosessen er dermed ikke foranlediget av EU-regelverket, men en følge av danske myndigheters ønske om å begrense offentlig næringsvirksomhet og etterleve OECDs anbefalinger. Faktisk nevnes ikke EU en eneste gang i innspillet fra regjeringen. Vi er heller ikke kjent med saker fra Danmark som

¹⁶ Heller ikke hos ESA kan det spores noen slik systematisk tilnærming til det som må antas å være problemstillingen også i øvrige EFTA-stater. I alle fall Island har etter det vi vet samme forfatningsrettslige vern mot at staten eller kommuner kan gå konkurs. Island har i tillegg en lang rekke offentlige idrettsanlegg, svømmehaller osv. Et naturlig spørsmål fra norske myndigheter til ESA burde være hvorfor ESA (som skal sikre homogene EØS-rettigheter) bare fokuserer på Norges konkursimmunitet. At det har vært flere klagesaker i Norge er ingen holdbar begrunnelse ettersom ESA er forpliktet til å føre løpende oppsyn med alle eksisterende støtteordninger i samtlige EFTA-stater.

¹⁷ <https://www.fm.dk/publikationer/2017/fair-og-lige-konkurrence>

tilsier at Kommisjonen mener det er nødvendig med ytterligere tiltak. Tvert imot, som nevnt under punkt 1.2. lukket Kommisjonen nylig en sak mot Danmark der støtten til lokale fitnessentre ikke ble ansett å påvirke samhandelen.¹⁸

Sverige og Nederland er to andre land som gjerne trekkes frem i diskusjonen om land med begrensninger i det offentliges adgang til å drive næringsvirksomhet. Heller ikke i disse landene finnes det i lovgivningen noe krav om separate selskaper. Den nederlandske situasjonen har i tillegg et noe annet utgangspunkt, ettersom nederlandske kommuner lenge drev forholdsvis omfattende næringsvirksomhet. Etter en rekke klager initierte Kommisjonen eksisterende støtte-prosedyre i juli 2008, og i 2013 konkluderte Kommisjonen med at den ulike skattemessige behandling av offentlig og privateide selskaper som driver økonomisk aktivitet ga offentlig eide selskaper en selektiv fordel. Kommisjonen anbefalte deretter som et formålstjenlig tiltak at skattefritaket skulle fjernes for offentlig eide foretak. Etter dette ble det i 2015 innført skatteplikt for offentlige foretak, men det er så vidt vi kjenner til ikke innført noe krav om at offentlig virksomhet skal skilles ut i egne selskaper.

ESAs forslag om utskillelse er også uholdbart fordi en slik utskilling ikke vil løse det mulige problemet beskrevet av ESA. Etter statsstøttereglene vil nemlig en offentlig eier og et heleid datterselskap uansett anses som og vurderes som en økonomisk enhet, jfr. for eksempel SGEI retningslinjene avsnitt 10:

10. Two separate legal entities may be considered to form one economic unit for the purposes of the application of state aid rules. That economic unit is then considered to be the relevant undertaking. In this respect, the Court of Justice looks at the existence of a controlling share or functional, economic and organic links.

At selskapet og eieren her vil identifiseres når selskapets virksomhet fullt ut er basert på benyttelse av kommunens eiendom/infrastruktur i henhold til en «leieavtale», må være det klare utgangspunktet. Det er derfor vanskelig å se hvordan selskapsmessig skille skulle kunne nøytralisere en eventuell effekt av at eieren ikke kan gå konkurs, når statsstøttekontrollen uansett skal gjøres for eier/selskap samlet.¹⁹

Det virkelige statsstøtteproblemet i en slik organisering vil jo være at selskapet selger sine tjenester for billig og dermed har en negativ påvirkning på konkurransen i markedet. Utskilling i eget heleid selskap vil uansett ikke løser det mulige problemet med den indirekte kommunale garantien; eieren kan ifølge ESAs teori oppnå billig kreditt og dermed videreføre fordelene i form av billig leieavtale til eget selskap.

¹⁸ Den danske ordningen har så vidt vi har kunnet se hatt svært begrenset praktisk betydning. Det har vært svært få saker om slik ervervsvirksomhet og noen av eksemplene som trekkes frem på problematisk offentlig ervervsvirksomhet, som skal forsvare offentlig ressursbruk på lokal statsstøttekontroll, blant annet utlån av bake-utstyr fra biblioteker nærmer seg etter vårt syn det meningsløse, ja endog det paradiske.

¹⁹ Lignende identifikasjonssynspunkter er også beskrevet i retningslinjene om risikokapital, selv for selskaper det offentlige ikke eier. Synspunktet er at mellommannen (forvalteren av risikokapitalen) bare er en «vehicle» for det offentlige, og at vurderingen av eventuell statsstøtte må foretas der midlene etterfølgende investeres.

Dette kunne teoretisk kanskje motvirkes ved å legge til grunn markedsinvestortesten for kommunen og dennes leieavtale med eget selskap. Men en slik oppstykket statsstøttetest på to ledd innenfor samme økonomiske enhet er det altså ikke grunnlag for. I tillegg ville en slik markedsinvestortest for kommunen bringe tilbake de samme spørsmålene det funksjonelle skillet skulle avklare; kommunen skulle da - i egenskap av å inngå leieavtale med eget selskap - vurderes som et foretak som driver økonomisk aktivitet. Dette vil i henhold til ESAs resonnering i så fall reise spørsmål om ikke kommunen som utleier bør betale skatt. Dessuten kan det jo hevdes at leietaker vil være villig til å betale ekstra høy leie fordi utleier ikke kan gå konkurs, noe som innebærer særlig fordel for kommunen sammenlignet med andre utleiere. Som nevnt innledningsvis så gir statsstøtteren rikholdig anledning til slike, teoretiske problemstillinger som i vår sak egentlig bare munner ut i sirkulære resonneringer der «fordelen» flyttes rundt, men uansett ikke blir borte.

Som begrunnelse for sitt krav viser ESA blant annet til La Poste-avgjørelsen fra EU-domstolen, der fordelene ved en garanti som kunne bety lavere lånekostnader ble funnet å kunne anses som potensiell statsstøtte. Denne avgjørelsen er imidlertid etter vårt syn lite treffende for vår sak. Dette skyldes først og fremst at det der var tale om en virksomhet som allerede var utskilt som eget selskap og som også nøytt godt av et særlig konkursvern.

Eventuelle fordeler av en slik indirekte garanti som problematisert av ESA er i de fleste tilfeller usikker og vanskelig målbar. Vi vil anta at kommuner i land med gode statsfinanser uansett ville få gode kredittvilkår. Tilsvarende vil vi anta at kommuner i land med dårlige finanser uansett ville få dårlige kredittvilkår. Greske eller islandske kommuner får neppe laveste rente selv om de ikke kan gå konkurs.

Dersom norske kommuner får bedre vilkår enn mange private selskaper så kan det også skyldes at norske kommuner er underlagt spesielle begrensninger på låneopptak. Kommuneloven §§ 50 og 51 setter begrensninger for kommunens adgang til å ta opp lån og stille garantier. Kommuner kan bare låne for særskilt nevnte, sikre og nødvendige investeringer, jfr. § 50 første ledd om at kommunen bare kan ta opp lån for å investere i infrastruktur «til eget bruk», noe som må tolkes til å henvise til de tjenester som kommunen er forpliktet til å tilby sine innbyggere. Kostnadene ved dette skal være dekket inn i kommunens driftsbudsjett. Kommuner kan ikke låne for drift, finansiell spekulasjon osv. Generelt sett er kommuner avskåret fra enhver disposisjon som innebærer vesentlig risiko. Videre følger det av § 50 sjette ledd og § 51 annet ledd konkrete forbud mot å ta opp lån på vegne av andre eller stille garantier til formål som involverer næringsvirksomhet.

Kommunelovens særlige begrensninger skal uansett også trekkes inn i selektivitetsvurderingen, nærmere bestemt om kommuner er i en sammenlignbar situasjon med andre, kommersielle markedsaktører.

ESAs forslag bygger altså på overforenklete og teoretiske synspunkter og synes svakt forankret i nyere effektbasert statsstøttere.

Dersom det mot formodning skulle påvises en konkret fordel i et konkret tilfelle, følger det av punktene ovenfor at støtten i de fleste tilfeller likevel vil falle utenfor EØS-avtalens definisjon av statsstøtte, eller alternativt falle inn under gruppeunntaket. Også regelverket om bagatellmessig støtte kunne her få betydning.

En omorganisering av offentlig sektor som foreslått av ESA, vil medføre betydelige administrative kostnader, både i omleggingsfasen og i kommunens løpende administrasjon. Vi kan vanskelig se at forslaget er gjennomtenkt. Det har aldri vært meningen med EØS-avtalen å påføre offentlig sektor helt unødvendige kostnader og byråkrati.